طبع بأمر من صاحب الجلالة أمير المؤمنين الحسن الثاني نصره الله

المملكة المغربية
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

النوازل الصغرى

المسماة

المنح السامية في النوازل الفقهية

للفقيه العلامة المحقق الفهامة
أبي عبد الله سيدي محمد المهدي
ابن محمد بن محمد بن الخضر الوزاني الشريف العمراني الحسيني
المتوفى عام 1342 هـ

الجزء الثالث

1413هـ - 1993م

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

تقديــــم

وبعد، فانطلاقـاً من العناية الفائقة والاهتمام الكبير الـذي يوليه أمير المؤمنين جلالة الحسـن الثاني لكتب التراث الإسلامـي، وإحياء وطبع مـؤلفاتها القيمة ليعـم النفع بها للنـاس، واستمرارا للرسـالة الإسـلاميـة الخالـدة التـي تضطلـع بها وزارة الأوقـاف والشـؤون الإسـلامية في مجال العمـل الإسـلامي، والقيـام برسـالتهـا الدينيـة والعلمية والحضارية، عملا بالتوجيهات المولوية السامية.

كانـت الوزارة قـد أصدرت في مطلـع شهر رمضـان المنصرم لعام 1412، الجزءيـن: الأول والثـاني مـن كتـاب: «النـوازل الصغـرى» لمؤلفها العـالم الجليل شيخ الإسـلام والجماعة أبي عبد اللـه محمد المهدي بـن محمد بن الخضر الـوزاني، الشريف العمـراني الحسني، المتوفى عام 1342هـ.

وتكتسي هـذه النوازل الصغـرى أهمية خـاصـة، حيث إنها تعـد اختصـارا وخـلاصـة لنـوازلـه الكبرى، المسماة بـالمعيـار الجديـد، المطبوعة طبعا حجريا في عدة أجزاء، كما تعتبر من أهم ما تم إنجازه في العصر الحديث في هـذا النوع من التأليـف الذي برز فيـه الفقهاء المغاربـة ونبغوا فيه، وذلك لما اشتملـت عليه من النوازل والقضـايا الاجتماعية التـي تطرأ للناس، وتضمنته واستـوعبته من الإجـابات العلميـة الـدقيقـة والاستدلال لها بـالكثير مـن النقـول والنصـوص الفقهيـة وأقوال العلماء والفقهـاء المالكية التـي كـان ينقلها الشيـخ الوزاني في نوازله، ويأتي بها من أمهـات كتب الفقه المالكي كالمدونة،

ومختصر الشيخ خليل، ومختصر الفقيه ابن عرفة، والكتب الخاصة بالنوازل، وفقه القضاء، وأصول الأحكام، مثل التبصرة لابن فرحون، ومنظومة تحفة ابن عاصم، ومنظومة الزقاق، والعمل الفاسي، ونوازل المعيار للونشريسي ونوازل الفقه للشريف العلمي، اللذين طبعتهما الوزارة وأخرجتهما إلى الوجود، وغير ذلك من الكتب والمؤلفات التي كان يرجع إليها الشيخ الوزاني، ويعتمدها في تحرير إجابته عن النازلة، إضافة إلى ما له من سعة اطلاع، ومن تضلع وتمكن في الفقه الإسلامي، واستيعاب لفروعه وجزئياته، في المذهب المالكي. مما جعل هذه النوازل الصغرى تشتمل على جميع الأبواب الفقهية من عبادات وزواج ومعاملات وغيرها من الموضوعات التي وردت في هذا الكتاب.

ومنذ أن طبعت الوزارة في السنة المنصرمة الجزءين الأولين من هذه النوازل الصغرى وأخرجتهما في طبعة عصرية جديدة، كان لها صدى طيب واستبشار كبير لدى أهل العلم والفقه والقضاء، وهي تجد إقبالا متزايدا على تملكها ورغبة قوية في الحصول عليها، للرجوع إليها والاستفادة منها والانتفاع بها في مجال الفقه والفتوى والقضاء.

وإتماما لهذا العمل العلمي الهام، واستكمالا لهذه الموسوعة الفقهية الجامعة، والمركزة في فقه النوازل، ووفاء بالوعد الذي وعدت به الوزارة في طبع الجزءين الأخيرين منها.

يشرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ويسعدها أن تطبع الجزءين: الثالث والرابع منها، وأن تصدرهما بمناسبة شهر رمضان المبارك لعام 1413، لتيسير تداولها كاملة بين السادة العلماء وأهل الفقه والقضاء، والأساتذة والطلبة الباحثين والدارسين المتخصصين.

والوزارة إذ تقوم بهذا العمل العلمي المفيد في مجال إحياء التراث الإسلامي ونشره وخدمة الفقه والقضاء والفتوى.

تسأل الله العلي القدير أن يجعل طبع هذا الكتاب في سجل الأعمال الصالحة والحسنات الخالدة، والمكارم الحميدة لمولانا أمير المومنين جلالة الحسن الثاني، وأن يكون من أياديه البيضاء

على نشر العلوم والمعارف الإسلامية، ومؤلفاتها العلمية القيمة في المغرب العزيز وخارجه.

كما تسأله سبحانه أن يمد في عمره ويبارك في حياته، ويبقيه ذخرا وملاذا للبلاد والعباد، ورائدا للبعث الإسلامي، ومجددا لأمر الدين، وحصنا حصينا للإسلام، في هذا البلد الكريم، وغيره من بلاد المسلمين، وأن يقر الله عين جلالته بولي عهده صاحب السمو الملكي الأمير الجليل سيدي محمد، وصنوه صاحب السمو الملكي الأمير المجيد مولاي رشيد، وأن يحفظه في كافة أسرته الملكية الشريفة، إنه سبحانه سميع مجيب.

وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية
الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري

بسْمِ اللَّهِ الرَّحمن الرحيم. وَصَلَّى اللَّهُ عَلى سيِّدنا وَمَولانا محمَّد وآلهِ وصحبه

نـوازِل البُيـــوع

سئلت عن رسْم نصُّهُ : الحمد لله، بعد وفاة فُلانة بنت فُلان عن مِلْكِية واجبِها من غابة عين التوتة وغابة الطماش والزيات الداخلي، قدره حسبما ذلك مُبَيِّن بفرائض إشراكها ومُقارَرتهم، ووَرثِها ورثتها، حضر الآن من الورثة السيدة عائشة ووافقت على ما ذكر الموافَقَة التامة، وحضر معها فُلان واشترى منها وهي بائعة له جميع الحظوظ المتَخَلِفة عن موروثتها زينب المذكورة من الأماكن المذكورة صفقة على من شاركها بمنافع المبيع وحقوقه كافَّة، حضر من المصفق عليهم فُلان وفُلان وأمضيا الصفقة في المبيع لمشتريه، وأحْضر لهم المشتري جميع ما وجب لهم، فقبض كل واحد واجبه مُعايَنَة، وتملَّك المشتري بمشتراه في عام إحدى وستين ومائتين وألف. (هـ). فقام يدَّعي الآن رجلٌ من حفَدة البائعة للصفقة أعلاه أن الأماكن المبيعة أعلاه كان مضافا لكل منها موضع سمَّاه باسم لم يعرفه أحد قائلا المدَّعي المذكور : إنه لا زال حظه في المواضع التي زعم إضافتها للأماكن المبيعة ولم يشملها البيع، حيث لم تقيد برسم البيع، فهل على تقدير وجود تلك الأسماء وثبوتها بالموجِب الشرعي هي من المنافع والحقوق المشهود ذلك برسم البيع أعلاه أم لا ؟ وهل هذا اللفظ وهو قوله : باعت جميعَ واجبها من الأماكن يقتضي العموم بحيث يتناول ما ذكر والخصوص ...الخ

فأجبت : الحمد لله، الجواب عن السؤال أعلاه بحول الله، أن المعتبر هو قول الموثق : اشترى منها وهي بائعة له جميع الحظوظ المتخلفة عن موروثتها زينب المذكورة، فهو صريح في العموم، حتى لو لم تذكر تلك الأماكن المعينة في الرسم لدخلت أيضا، لأن لفظة جميع من ألفاظ الإحاطة والشمول، ويؤيد العموم أيضا قول الموِثق حسبما ذلك مبيِّن بفرائض اشراكها ومُقارَرتهم، فهو تفسير لما وقع عليه انعقاد البيع، وعليه، فحيث كانت تلك الأماكن تابعة في رسم المقاررة للأماكن المذكورة في رسم البيع، فهي داخلة ولو بتقدير وجود تلك الأسماء وثبوتها بالموجب

الشرعي. وقد نص على هذا غير واحد من العلماء. قال الزرقاني : إذا وقع من البائع أو في الوثيقةِ عمُوم وخصُوص فالمنظُورُ إليه العموم وإن تقدَّم، كبِعْتُه جميعَ أملاكي بقرية كذا، وهي الدار والحانوت مثلا وله غيرهما فهو للمبتاع أيضا، وكذا بعْته جميع ما أملك من هذه الدار وهو الربع، فإذا هو أكثر فإن له الجميع، ولا يكون ذِكرُ الخاص بعد العام مخصِصا له، لأن الخاص الذي يقيد العام شرطه أن يكون منافياً له، والأمر هنا بخلافه. (هـ). وقال الشيخ الرهوني أثناء كلامه في المسألة ما نصه : قوله : وجميع ما حوَته أملاكهُ لا يتضمَّن الاشتراط لقوله من الأرض والشجر، وذلك تقييد وتخصيص الخ، لا يجدي على الصحيح عند الأصوليين، والراجح عند الفقهاء، لأن ذكر الخاص بعد العام بحُكمهِ لا يخصِّصهُ على الرَّاجح عند الفريقين. أما الأصوليون ففي جمع الجوامع وشرحِه المحَلِّي ما نصه : والأصح أن ذكر بعض أفراد العام بحكم العام لا يخصص العام. (هـ). وأما الفقهاء فوجدت لهم مسائل تدل على ذلك، وصرَّح بعضهم بتوجيهها بما ذكرناه. منها ما ذكره ابن سهل وغيره، ونقله الحطاب وابن عرفة ونصه : أجاب ابن القطَّان فيمن باع جميع أملاكه بقرية كذا. وقال في كتاب الابتياع في الدور والأفنية والزيتون والكروم، ولم يزد على هذا، وللبائع رحى لم تذكر في الوثيقة. فقال المبتاع : هي لي، وقال البائع : إنما بعت منك فيما نصصت في الوثيقة بأنَّ الأرْحَى للمبتاع، وكل ما في القرية من العقار. ابن سهيل : هذا موافق لسماع أصبغ في الصدقة. (هـ). قال المتيطي : وقال غيره : هي للبائع. (هـ).

ومنها، إن قال : عَبِيدي أحرار : فُلان وفُلان وسكت عن الباقين، فإنهم يعتقون أنهم أجمعون. ومنها من قال : يخرجُ عني ثلث ما أُخَلِّفه، فمنه لكذا، ومنه لكذا وسكت عن باقي الثلث، إن الباقي يُصرَف للمساكين على القول المعمول به. ومنها من قال : فُلان وصيي على أولادي فُلان وفُلان وله أولاد غير من سمِّى، فإنه يكون وصيا على جميعهم. ومنها من تقيد عليه في وثيقة أنه باع جميع حظه ونصيبه من كذا وهو السدس مثلا، فإذا هو أكثر فإن الجميع للمشتري. وقد ذكر عجّ المسألة الأولى والأخيرة، نقلا عن غيره مقتصِرا فيهما على قولٍ واحد،

وزاد ما نصه : قلت : وهو واضح، لأن الخصوص الذي يقيد العموم لا بد أن يكون منافيا، والأمر هنا ليس كذلك. (هـ) باختصار وفيه كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي العمراني لطف الله به.

قلت : ومثل هذا ما رأيتُهُ في كنَّاش الفقيه المحقِّق سيدي العربي الزرهوني، ونصه : الحمد لله، وجَدت بخط الفقيه الأديب العَدْل سيدي محمد بن ابراهيم غازي ما نص المراد منه : الذي جَرى به العُرف والعمل عند سائر الحكَّام بفاس فيمن أوصى لأحفاده أو غيرهم بجميع ثلث متخَلفهِ وحَصرَهُ في شيء معيَّن من أصُوله، ثم لمَّا مات وجدَ في ثلث متخلِّفهِ زيادةً على ما قُوِمَتْ به تلك الأصول المعَيَّنَة، فإن تلك الزيادة إنما هي للموصَى لهُمْ، وحَصرَ ذلك في الأصول المعَينة فيحْمَل الحصْرُ على إرادة الموصي بقاء تلك الأصول لأولاد أولاده فينتفعون ويستمر نفعهم بها. كما أفتى بذلك سادتنا العُلماء وأهل عصرنا أسعَدهُم الله، وهذا الذي يحكم به منذ أدركنا، وهو الذي يُظَنُّ أن الموصيَ أراده، إذ قصده استمرار النفع بجميع الثلث لأحفاده أو غيرهم. (هـ) المراد منه، وهو الذي يشهد له مسألة العبد، المذكورة في المختصر حيث قال : «وإن أوصى لعبده بثلثه عتق إن حملهُ الثلث وأخذ باقيه». (هـ). والشاهد منه قوله : وأخذ باقيه. ومن خطِّه أيضا ما نصه : وقع السؤال عن مسألة تظهر من الجواب ونصه :

الحمد لله، لا تُسمَع من العاصب المذكور دعوَى أَنَّهُ بقيَ له شيء في الأصل المبيع، حيث نص في الوثيقة على أنه باع جميع واجبه لأنه نص في ذلك بل لو بيَّن قدره وقال مثلا جميع واجبِه وهو الخمُس، فكشف الغيب أن له أكثر فهو للمشتري حسبما في الحطاب عن ابن سَهْل وابن يونس وغيرهما، ونظمه صاحب عمل فاس وشرحه العميري بما نقله الأجهوري، وبما أجاب أبو الحسن الصغير ونقله عنه المكناسي في مجالسه، والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم : وبعده، الحمد لله، ما أجاب به شيخنا أعلاه من عدم سماع الدَّعوى بالمشار إليه صحيح. والمسألة نقلها الحطاب في بيوع الآجال، واقتصر المشدالي على أن البيع يلزم في جميع حظه. (هـ) والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني. (هـ).

وسئِل العلَّامة سيدي محمد الرهوني رضي الله عنه عمَّن يذهب من الخرازين لشراء الجلد من دار الدباغ ويشتريه من هنالك قبل إتيانهم به لسوقه المعتاد لبيعه عندهم.

فأجاب : الحمد لله، إن كانت العادة جارية بأن من شاء من الدبَّاغين باع في موضعه ، ومن شاء رفع إلى السوق أو نقله إلى بلد آخر، فلا حرج على من ذهب للشراء منهم، وإلَّا فيحرمُ من ذلك لأنه مِن تَلَقِّي السلع، الذِي نهى عنه ﷺ في الصحيحين وغيرِهما، والله أعلم. (هـ).

وسئل أيضا عن بيع الزيتون بالزيت،

فأجاب : الحمد لله، هذا حرام لَا يجوز باتفاق، ويفسخ إن لم يفت الزيتون بعينه، فإن فات ردَّ مثله إن علمت مكيلته وقيمته إن جهلت، فإن رد بعينه فله أجرة مثله، والله أعلم.

وسئل العلَّامة سيدي عبد الكريم اليازغي عمَّن باع نصف زيتون له من رجل آخر وقام البائع بعد أمد طويل يدَّعي جهل المشتري بالمشترى، وأراد أن يثبت ذلك بشاهدي البيع أو غيرهما، وأن المشتري لم يعرفه قط ولا رآه ولا وصف له، غير أن نصيبه من غلته كان يصله من عند شريكه البائع المذكور، فهل إذا سلم المشتري هذه الفصول أو أثبتها البائع يفسخ هذا العقد مع هذا الطول أم لا ؟

فأجاب : حيث ثَبت ما ذكِرَ في السؤال أعلاه فالبيع مفسوخ للجهل والضرر، إذ مِن شَرْطِ صحَّتهِ عِلمُ العِوضَيْن معا كما في المتن كغيره، وإلَّا يثبتْ ذلك، فالأصل في العقود الصحة والمعرفة، والقول قول المشتري أنه عرف الزيتون المذكور. قال المتيطي وابن سلَمون وغيرهما : إذا وقع في الوثيقة وعرف الثمن والمثمن، ثم ادَّعى أحدُهما الجهل لم يكن له قيام ولا يَمين، فإن سقطت هذه اللفظة لم يصدق أيضا مدعي الجهل. (هـ). وقال ابن لُبٍّ : قال أهل الوثائق : إذا سقط من العقد ذكر معرفة القدْر وادَّعى أحد المتعاقدين الجهل لم يصدَّق، ولا يمينَ على صاحبه في وجه من الوجوه. (هـ). نقله ابن الناظم. وفي تبصرة ابن

فرحون : المتبايِعان محمولان على المعرفة حتى يثبت الجهل، وعلى الصحة حتى يثبت السُّقَم.

وأجاب الشيخ التاودي بعده : الأَصل في العقود هو الصحة، ويبعد كل البعد أن يشتري الرجل من آخر زيتونا من غير أن يصِفَه لَهُ ولا أن يذكر عدده ولا مكانه، ولا أن يكون المشتري تقدَّمت لهُ به معرفة أَوْ وصف من أحد، فإذا ادَّعى المشتري شيئا من ذلك فهُوَ مصدِّق فيه، ومعرفة غَلته السنين تحصل ما لا يحصل بالصفة، إذ المقصود هو الاستغلال، والله أعلم. (هـ).

وسئلت عن الوثيقة إذا خَلت من معرفة القدر وشهد الناس بكون البائعة جاهلة بالمبيع وقدره، ونسب بعض أهل العصر لابن رُشد فيها أن البيع صحيح.

فأجبتُ : الحمد لله، نَصَّ ابنِ رشد في أجوبته هو أنه سئل في رجل باع أملاكا انجرت إليه بالوراثة وهو غائب عنها، يعلم أنه لم يدخلها عمرَه قط، ولا عرف قدرها ولا مَبْلَغها حين باعها، وقد انعقد عليه في البيع قبض الثمن ومعرفة القدر، وكل من في موضع الأَملاك يشهد أنه لم يدخلها ولا عرف قدرها ولا يحوزها لا قبل الابتياع ولا بعده، فأراد البائع أن يقوم بفسخ البيع لكونه باعها ببخس... الخ

فأجاب : إذا انعقد عليه في البيع ما ذكرت فلا يلتفت إلى دعواه، ويجوز عليه البيع ولا يكون له قيام فيه. (هـ). فمفهوم قول ابن رُشد : إذا انعقد عليه في البيع ما ذكرت... الخ أنه إن لم ينعقد عليه ذلك فله القيام بفسخ البيع. وصرح به الرهوني في جواب له عن امرأة باعت نصيبَها في أملاك بعيدة عن محلها بحيث يعلم أنها لم ترها قط ولا عرفتها، والمشتري نفسه يتصرف بذلك، ثم أرادت القيام، هل لها ذلك أم لا ؟

فأجاب والله الموفق، بأن لها القيام بذلك، بل يتحتم فسخ ذلك البيع إن كان المشتري يجهلها أيضا اتفاقا، وكذا إن كان يعرفها على ما شهَّره المازري وبه العمل، وعلى ما لابن رُشد : هي مُخيَّرَةٌ في فسخ ذلك وردِّه، وَفي إمضائه، والله

أعلم. (هـ) من خطّه.

فإن قلت : لا حجة في كلام الرهوني لزيادته في السؤال، والمشترِي يتصرف بذلك.

قلت : قيام البينة عليها بأنها لا تعرفه ينزل بمنزلة تعرف المشتري بذلك، إذ لا فرق بين البينة والإقرار. وقد ذكر شراح التحفة عند قولها : والمدعي مُطالَب بالبينة... الخ أنَّ إقرار الخصم مثل قيام البينة، وظهر بما قرزناه أن ما نُسِبَ لابن رُشد من عدم الفسخ باطل، والله أعلم. وقيده المهدي لطف الله به.

وسئلت عمَّن ادَّعَى على رجل أنه كان شريكا معه في غلة الزيتون، فاشترى منه حقَّه في الربح بخمسة وثلاثين ريالا، ثم إنه لم يجد ربحا في ذلك وإنما وجد الخسارة، فيطلَب منه أن يرد له الثمن المذكور وأن يؤدي معه حقه في الخسارة، فأجابه المدعَى عليه بالإقرار بالبيع المذكور على الوجه المذكور، والنظر للشرع.

فأجبت : «الحمد لله، حيث كانت دعوى المدعي أنه اشترى منه حظه في الربح في غلة الزيتون، وأجابه المدَّعَى عليه بالإقرار، فلا شك أن البيع فاسد لاختلال شرطه وهو معرفة المثمَن، لأنه لا يدري هل يحصل في الغلَّة ربح أم لا ؟ قال في المختصر، لما تكلم على شروط البيع ما نصه : «وعدم جهْل بمثمون أو ثمن»... الخ

قال الحطاب : يعني أن من شرط صحة البيع أن يكون معلوم العِوَضَيْن، فإن جهِل الثمنُ أو المثمَن لم يصحِّ البيع، وظاهر كلامه أنه متى حصل الجهل بأحد العِوضَيْن من المتبايعين أو من أحدهما فسد البيع، وصرح بذلك الشَّارح في الكبير وهو ظاهر التوضيح أيضا. وقال الشيخ أبو علي بن رحَّال : ظاهر المصنف أنهما مهما جهِلا معاً أو أحدُهما، علِمَ العالم بجهل صاحبه أم لا ؟ أن البيع فاسد وهو الذي شهَّره عياض. وقال ابن محرز : وهو أظْهَرُ القولين : قال أبو علي : وهو الصحيح في النازلة، وكلام ابن رشد خلاف المذهب. (هـ).

وإذا تقرَّر هذا علم أن البيع المذكور يجب فسخه قطعا لاستِواء البائع والمشتري في الجهل بمثمنِه وهو الربح في الغلة كما ذكرناه أولا، وأما ما سُطِّر في تلك الفتوى من عدم القيام بالغبن ومن عدم نقْض الصلح، فمبني على أن عقد البيع المذكور تام وليس بصحيح. وكأنَّ المفتي لم يقرأ المقال والجواب أو لم يتأمَّلهما، ولو تأمَّلَهُما ما أمكنه أن يقول بعدم فسخه، والله أعلمُ». قاله وكتبه عبيد ربه تعالى المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئلت عن دعوى ادَّعاها الحاج الخياط بن زكري على الحاج محمد بن الصغير، أن الأول كان اشترى من الثاني جميع ثمان أواقي من الجَنَان الذي بمحل كذا، والمحْدود بكذا، بست عشرة مائة ريال، وقبضها منه وأبرأه منها، ثم صار يتعرض له على الجنان على وجه الظلم والتَّعدي منه، فيطلب منه رفع نزاعه واعتراضه. فأجاب الثاني بالإنكار، وأنه لم يصدر منه له بيع أصلا، ثم بعد ستَّة أيام زاد في جوابه أن البيع المدَّعَى به كان بينهما، ولكن صورة فقط ليستتر به عن الغير، وكان المدعِي أعطاه خط يده بذلك...الخ

فأجبت : الحمد لله، حيث أجاب ابن الصغير أولا بإنكار البيع من أصله، ثم أقر ثانيا بعد ستة أيام أن البيع كان صورة فقط، فلا تسمع دعواه من أصلها لأمرين :

أحدهما، أنه انتقل من دعوى إلى أخرى، وذلك مبطل لدعواه. ففي نوازل العلمي ما نصه : وجدت بخط بعضهم ناقلا عن التوضيح : إذا انتقل الخصم من دعوى إلى أخرى تباينُها سقطت دَعْوَياهُ معاً. (هـ). وتقدَّم زيادة لهذا قريبا.

ثانيهما، أن ما ادَّعاه ثانيا من كون البيع وقع صورة فقط وتستراً عن الغير غير مقبول، لأنه خلاف ما في رَسْم الشراء من أن البيع حقيقي. ففي الفائق نقلا عن القاضي ابن عطية الونشريسي ما نصه : إن الإشهاد إذا وقع بين المتداينين أو بين المتبايعين، فكل من ادَّعى خلاف ما في الرسم فقوله غير مقبول، وحجَّتُه داحضة، إلا أن يقوم البيان عليها، ولو سومح في مثل هذا لارتفعت الحقائق وانحلت العقود والوثائق، ولهذا أمر الله سبحانه بالإشهاد ليرتفع النزاع وتنحسم مادة

الدفاع. وذكر ابن سهل رحمه الله أن أيوب بن سليمان وجماعة من الشيوخ أفتوا فيمن أقر بقبض ما في صداق ابنته، وقال : ظننت بالناكح خيرا فأشهدت له بالقبض، أن الناكح تجب عليه اليمين. لقد قضى كما ذكر في الكتاب لِحَدَاثَةِ عهد عقده (أي لقرب عقده من وقت النزاع) وهو نصف شهر، فإن زاد عليه لم يجب عليه يمين. (هـ). ثم قال ابن سهل معترضا هذه الفتوى ما نصه :

إيجابهُم اليمين على الناكح بعد إشهاد المنكح بالقبض لهم مثل هذا في البيوع، وهو خلاف ما ذكر ابن حبيب عن مالك في مثل ذلك، قال عنه : إذا تشاهد المتبايعان على دفع الثمن، ثم طلب البائع الثمَن وقال : إنما أشهدت لك بقبضه ثقة بك وأراد إحلافه فليس له ذلك، وهذا نص لا يجوز خلافه رواية ونظرا. أما الرواية فقد ذكرناها، وأما النظر فإن الله تعالى لم يأمر بالإشهاد إلا لرفع هذا وشبهه من التنازع بين المتبايعيْن، وقد برئت ذمَّته مما كانت به مشغولة من حقه، ولا سبيل له إلى العودة لشغلها به، ولو فتح هذا وشبهه لارتفعت الحقوق وانحلَّت العقود، وذلك الضلال البعيد. (هـ). ومثْله في تبصرة ابن فرحون وابن سلمون. وعليه فيجب على ابن الصغير المذكور التخلي عن الجنان المذكور، لأن الشراء ينقل الملك إجماعا كما قاله الشيخ الرهوني، والله أعلم. قاله وكتبه عبيد ربه تعالى المهدي ابن محمد العمراني تاب الله عليه.

وسئلت عما يظهر من الجواب ونصه :

الحمد لله، حيث شهدت بينة اللفيف وثلاثة عدول بأن المرأة المشار إليها طرأ اختلال عقلها هذه مدَّة من نحو عشرة أشهر، وشهد عدلان آخران أنها لا زالت على عقلها إلى الآن ولم يطرأ عليها اختلال أصلا، فبالضرورة أن بينة الإختلال مُقَدَّمة لأنها أثبتته والأخرى نفته. وقد ذكر عُلماء الأصول والفروع في وُجوه التَّرجيح أن المثبِت لشيء مُقَدَّمٌ على من نفاه، ولا حاجة لنقل كلامهم لأنه معلوم، وأيضا بينة الإختلال ناقلة فتقدم على مقابِلَتها لأنها مستصحبة، وبيانه أن العدلين شهدا أنها لم تزل عاقلة، واللفيف مع العدول شهدوا بأنها أصيبت في عقلها بمنزلة بينة شهدت بأنه باع أو طلق أو صدر منه شيء، وشهدت أخرى أنه

لمْ يبع أو لم يطلق أو لم يصدر منه ذلك الشيْءُ، فتُقدَّم الناقلة. قال في المختصر لما تكلم على المرجحات ما نصه : وبِنقلٍ على مستصحَبة...الخ. وأشار لذلك الزقاقُ أيضا حيث قال : وبالنقل وَالإثبات... الخ وعليه فحيث قُدِّمَتْ بينة الاختلال شرعا على بينة عدمه، كان إقرار المرأة لغواً لا عبرة به، إذ شرط المقر أن يكون عاقلا، على أنا لو سلَّمنا أنها صحيحة العقل تامَّته وأقرت بالتوليج بعد بيع الدَّار وإخراجها من يدها فلا يُوجِب إقرارها فسخ البيع قطعا. قال الحطاب على قول المختصر : «وملك غيره على رضاه ولو علم المشتري»، ما نصه :

التَّاسِع (أي من الفروع) لا يفيد إقرار البائع بعد البيع بالتعدِّي. ففي كتاب الغصْب من المدونة : ولو باع أمَة ثم أقرَّ بغصبها لم يصدق. ومثله في حاشية الرهوني. وفي نوازل العلمي عن ابن خَجوا : أنه سئل عمَّن اشترى أرضا وغرسها ثم قام قائم على البائع وطلبه بملكيتها فعجز، فأجاب : أن الأرض الموصوفة لمشتريها ممن كان يدَّعيها وتنسب إليه، ولا تخرج على ملكيته بعجز البائع عن إقامة البينة عليها ولا باعتراف البائع بعد البيع بأنها ليست له، لأنه أقر حينئذ بما لا يَمْلك، ويُتْبَعُ بالثمن إن أقر أنه باع ما لا يملك، واللهُ سبحانه أعلم. (هـ). ويؤيِدُه ما ذكره شرَّاح الزقاقية وغيرهم عن المتيطي ونصه : لو أن الأب بعد البيع كان هو المقر بالتوليج لم يستضر الابن بذلك، وعد إقراره ندَما منه على ما فعله. (هـ). وما نقله شارح العمل عن ابن مغيث ونصه : وإن أقرَّ المولج بعد أن أشهد على نفسه بالبيع وثبت إقراره لم يضر ذلك المبتاع، وبه مضى العمل عند الشيوخ أحمد بن عبد ربه، وأصبغ بن محمد، وابن الهندي. وابن العطَّار، وبه الحكم ببلدنا. (هـ)، والله أعلم. وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن رجل اتهم بقتل نفس، فنزلت خيل السلطان عليه وعلى أبناء عمه لأجل ذلك، ففرُّوا من بلادهم وبقي هو وحده، فباع من أملاكهم فَدَادِين خمسة، وأمر المشتري منه بدفع ثمنها للقائد فدفعهُ له، ونهضت الخيل فرجع أولاد عمه لمحلهم وأخذوا الفدادين من يد المشتري، فقام على البائع يطلب استرجاع الثمن الذي دفعه للقائد بأمره.

فأجاب غيري : الحمد لله، حيث كان المتعاقدان عالمين بكون المبيع مِلكاً لغير بائعه، ثم استحق هذا المبيع من يد مشتريه، فالواجب على البائع غرْمُ الثمن الذي قبضه من المشتري، ولا يكون علم المشتري بذلك مانعا له من الرجوع، لأنهم قد اعتَبروا سبْقية العلم هنا. قال الزرقاني عند قول المتن : «وإن بمعاطاة» ما نصه :

فروع :

الأول، يجوز للشخص شراء سلعة لا يعلم صحة ملك بائعها، إلى أن قال : وأما ما علم عدم صحة ملك بائعها فلا يجوز شراؤها، ولكن له الرجوع بالثمن إذا استحق من يده على المشهور، نظرا لسبق ظلم البائع، لبيع ما ليس في ملكه، فهو أحق بالحمل عليه، ولم يُنظر لعلم المشتري بعدم ملك البائع، لتأخره عن البائع. (هـ). وقال أيضا عند قول المتن في الإستحقاق : «لا إن قال داره»، ما نصه : وأما عكس كلام المصنف وهو ما إذا علم المشتري عدم صحة ملك البائع، فالمشهور أن له الرجوع بثمنه حيث استحق من يده، لأنه إنما قصد المعاوضة... الخ. وسلَّمَ له مُحَشُّوه، وبهذا تعلم أنه ليس للمشتري إلا ما خرج من يده. وأما ما كتبه المفتي أسفل محوله، من أن هذا بيع المضغوط وهو نافذ فموضوع في غير محله، إذ المضغوط من باع ملكه لفك نفسه أو ولده على ما أخذوه من قوله تعالى : « لا تُضَارَّ والدةٌ بولدها »، وأما من باع متاعه لفك أجنبي أو قريب غير الولد فليس بمضغوط أصلا كما هو مقرر، ومسألتنا باع ملك غيره لفك نفسه كما يعلم من قول المشهود صدر محوله : «وصالح عن نفسه...الخ»، والله أعلم. وكتبه الخضر بن محمد السلاسي لطف الله به.

وأجبت عقبه :

الحمد لله، المسطَّر أعلاه صحيح، فحيث باع محمد بن المختار الفدادين المملوكة لغيره وصالَحَ بثمنها عن نفسه، ورجع أرباب الفدادين لمحلهم وأخذوها من يد المشتري، فلا إشكال في رجوعه على البائع له، بِالثمن الذي كان دفعه للقائد

بأمره، لأنه إنما دفعه له في مقابلة الفدادين، فإذا خرجت من يده فله أن يرجع فيما كان دفعه فيها على البائع الآمر له بالدفع للقائد. فقي نوازل المعاوضات من المعيار من جواب لمؤلفه ذا خرجت من يده فله أن يرجع فيما كان دفعه فيها على البائع الآمر له بالدفع للقائد. ففي نوازل المعاوضات من المعيار من جواب لمؤلفه ما نصه : البائع قد أخذ عِوَضا من مبيع صار في حيز لا ينتفع به، والمشتري إنما دفع الثمن فيما ينتفع به، فإذا كان لا ينتفع به فله ارتجاع الثمن الذي دفعه. (هـ) الغرض منه، والله أعلمُ. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت عَمَّن اشترى رُبُعا شائعا في بلاد من رجل، وبعد البيع بينهما أشهد المشتري أنه يتطوع بالإقالة للبائع لمضي خمسة أعوام، بحيث إن قبض ما خرج من يده يمكِّنه من مبيعه...الخ. ثم بعد سبعة عشر عاما قام ورثة البائع بعد موته، وطلبوا الإقالة في الربع المذكور من المشتري، فهل لهم ذلك أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، إشهاد المشتري بأنه يتطوع بالإقالة لمضي المدة المذكورة ظاهر في أنه وعد بها فقط لأنه الأصل في المضارع، والمشهور أن الوعد لا يُقضَى به إلا إنْ أُوْقَعَ في ورطة. قال الحطاب في التزاماته : وإنما العِدَة أن يقول الرجل : أنا أفعل، وأما إذا قال قد فعلت فهي عطية. (هـ). وقال : قبْل هذا بأوراق، وأما الفرق بين ما يدل على الالتزام وما يدل على العِدة، فالمرجحُ فيه إلى ما يفهم من سياق الكلام وقرائن الأحوال، بحيث إن دلَّ الكلام على الالتزام أو على العِدة عمل على ذلك، ولا يفرق بين العِدة والالتزام بصيغة الماضي والمضارع كما يتبادر إلى الفهم، إلى أن قال : والظاهر من صيغة المضارع الوعْدُ، إلا أن تدل قرينة على الالتزام، كما يفهم من كلام ابن رشد. (هـ). ثم قال بعد كلام ما نصه : وهو يبيِّنُ لك ما ذكرت من أن صيغة الماضي دالَّة على الالتزام، وصيغة المضارع إنما تدلُّ عليه مع قرينة. (هـ). وأيضا فعلى تقديرِ أن الإشهاد المذكور غير وعد، فلا يلزم هذا المشتري إقالة إلا في الأجل أو ما قاربه بيوم ونحوه، وأما بعْدَ ذلك فلا تلزمه. قال في الْمُعِينِ : ويجوز للمشتري أن يتطوع للبائع بعد العقد أنه إن جاء بالثمن إلى أجل كذا فالمبيع له، ويلزَم المشتري متى جاء بالثمن في خلَال

الأجل أو عند انقضائه أو بَعْدَهُ على القرب منه، ولا يكون للمشتري تفويته في خلال الأجل، فإن فعل بِبيع أو هبة أو شبْهِ ذلك نقض إن أراده البائع ورَدّ إليه، وإن لم يأت بالثمن إلا على بعد من انقضاء الأجل فلا سبيل له إليه. (هـ) ومثله في المتيطية وابن سلمون، وزاد : والقُرْبُ في ذلك اليوم ونحوه. (هـ) ونحوهُ... في الزرقاني : ولا يقال : تاريخ الإقالة مُتحِد مع تاريخ البيع، وذلك يدل على فسادها، لأنا نقول : المضِر هو وقوع الإقالة مع البيع في عقد واحد، وأما حيث كتبت على حِدتها وتقيد في البيع أنه بلا شرط ولا ثُنْيا ولا خيار فلا يضر ذلك. قال أبو زيد الفاسي في عملياته :

والقولُ قولُ مدَّعي الطوْع إذا كتب في الثنيا عليه أخذا

قال في شرحه : يعني أن القول قول مدَّعي الطوع بالثنيا، إذا كتب بلا يمين، لا قول مدَّعي أنه كان شرطا. (هـ). وقال الشيخ ميارة في شرح التحفة : محل الخلاف في كون الثنيا شرطا أو طوعا، إنما هو إذا سقط من الوثيقة كون البيع لا شرط فيه ولا ثنيا ولا خيار، أما إذا كان فيها ذلك، فالقول قول مدَّعي الصحة ولا يمين عليه، أنظر المتيطي. (هـ). وأيضا على تسليم أن الإقالة وقعت شرطا في البيع، فمحل كونه يفسخ ما لم يطل الزمانُ كما هنا، وإلا فيمضي كما للشيخ التاودي في جواب له، وافق عليه الشيخ بناني والقاضي العميري، وانتصر له الشيخ الرهوني، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به.

وسئل فقهاء الرباط وسلا عمَّن باعت نصف دارها لابن عمها، ثم بعد سنين توفيت، وقام وارثها ولدُها على المشتري بأنه كان تطوع لوالدته بالإقالة متى أتته بالثمَن، وأراد دفع الثمن له وتسليم المبيع لانتقال ما كان لأمه من الطوع بالإقالة إليه بموتها، فأنكر المشترِي صدور الطوع المذكور منه لوالدته، هل تتوجَّه اليمين على المشتري أنه ما تطوع بالإقالة للبائعة المذكورة أو لا ؟ وإذا أقر بالطوع أو نكَل عن اليمين على توجُّهها، فهل ينتقل ما كان للأم للوارث أم لا ؟

فأجابوا بأن دعوى الإقالة من باب المعروف، وفي توجه اليمين فيه بمجرد

الدعوى خلاف. والذي لبعض الشيوخ أن اليمين تتوجَّه في دعوى الإقالة إذا كان الشيء المدَّعَى فيه بيد المدعي أو كان له به تشبث. ولابن عتَّاب وابن القطَّان : لا يمين في ذلك إلا بشبهة، وعليه اقتصر صاحب التحفة. واستظهر ابن رُشد وجوب اليمين في دعوى الإقالة، إلا أن يدعي الإقالة قبل التفرق فتضعف اليمين في ذلك. ففي طُرَر ابنِ عاتٍ : وسئل ابن رُشد عن دعوى الإقالة ونحوِها فقال : هي من دعوى المعروف، وكان بين شيوخنا اختلاف في ذلك. فمنهم من كان يذهب فيما وقع من ذلك في الأمهات إلى أنه اختلاف من القول، وأنها مسألة فيها قولان جُملة من غير تفصيل، ومنهم من كان يقول : ليس ذلك باختلاف من القول، وأن المعنَى في ذلك أن الشيء المدعَى فيه إن كان بيد المدَّعي أو كان له به تشبث وجبت له اليمين في ذلك على المدَّعَى عليه، وإن لم يكن بيده ولا كان له به تشبث لم تجب له في ذلك اليمين، وهو تفصيل حسَن، له وجه من النظر، وهو مراعاة الخلاف في وجوب الحكم بما لم يقبض من الهبات. فالأظهر في دعوى الإقالة وجوب اليمين، إذ لا اختلاف في وجوب الحكم بها إلا أن يدعي أنه أقال فيما قبل التفرق بالأبدان فتضعف اليمين في ذلك مُرَاعاةً لمن يقول : إن البيع لا يلزم إلا بالتفرق. وكان ابن عتَّاب رحمه الله يقول : لا تجب اليمين لمدَّعِي الإقالةِ على المدَّعَى عليه فيها إلا أن يأتي بشبهة تَقْوَى بها دعواه وشاهدته يفتي بذلك. وقال : في ذلك اختلاف، وكذلك كان صاحبه ابن القطَّان يفتي أن لا يمين في ذلك إلا بشبهة،، وأنا أرجح ذلك بقول ابن سهل، والفقه فِيه لحاق اليمين في ذلك، لأن الناس كثيرا ما يبدُو باطلهم في دعوى ذلك إذا طلبوا بثمن المبيع، ويجعلونه بابا من أبواب الرَّد والعدول عن الإنصاف، فإن كان مدعي ذلك ممن يظن به طلب الباطل كلف الشبهة، وإن كان ممَّن يُظن به أنه محق في دعواه لصلاح حاله وتنزهه عن الباطل، فاليمين في ذلك لاحقة إن شاء الله، ومن لم يراع الخلطة ابتداء وأوجب اليمين دونها، فاليمين في دعوى إقالة على أصله أقوى، للمعاملة المتقدمة بينهما التي يدَّعي الإقالة منها. (هـ). فإن كان المدَّعَى فيه الإقالةُ بيد المدَّعي فلا إشكال في وجوب اليمين، وإن لم يكن بيده، فالراجح لزوم اليمين على ما استظهره ابن رُشد، لا سيما إن كان مدعِي الطوع بالإقالة ممن يظن به أنه محق في دعواه، ولا سيما على ما به العمل

من إيجاب اليمين دون اعتبار خلطة. وأما إن مات البائع المتطوع له بالإقالة، فوارثه بمنزلته كما في الاستغناء وغيره، وأقام أبو محمد صالح وغيره من قوله في المدونة : «الخيار يورث» أن الثنيا الجائزة تورَث إذا مات المتطوع لهُ بها وهو البائع، والله تعالى أعلم.

وكتبَ عبد الله تعالى عبد الرحمان بن محمد السرايري وفقه الله بمنه. (هـ). الحمد لله، المسطر أعلاه من اختلاف الشيوخ في توجُّه اليمين على منكِرِ الإقالة، ومن ترجيح ابن رُشد توجيهها بشرطه، ومن انتقال حق الميت لوارثه، كله صحيح، والنص بذلك في المنقول في الجواب أعلاه صريح. وكتب عبد الله تعالى أحمد بن أحمد الحكموي تغمده الله برحمته. (هـ).

الحمد لله، ما سطِّر أعلاه من الجواب والتصحيح صحيح. ففي المعيار من جواب لمؤلفه أن المشهور في المذهب المالكي توجه اليمين في دعوى المعروف. (هـ). وانتقال الحق في الثنيا للوارث مذكور في التزامات الحطاب، والله أعلم. وكتب عبد ربه محمد ابن أبي القاسم لطف الله به. (هـ). الحمد لله، المسطر أعلاه من الجواب وما بعده صحيح، والله أعلم. وكتب عبد السلام ابن أبي يعزى حركات لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمًّا يظهر من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله، الذي رجحه غير واحد من المتأخرين، وصرحوا بأنه المشهور والمعمول به أن الغلّة للمشتري في بيع الثنيا إذا قبض المبيع وحازه من يد البائع. قال الحطّاب في شرح المختصر، نقلا عن الرجراجي مانصه : اختلف في بيع الثنيا، هل هو بيع فالغلّة فيه للمشتري بالضمان، أو هو رهْن فالغلّة للبائع، والضمان منه، وبالأول صرح مالك في العتبية. قال الحطّاب : والراجح أنها للمشتري كما نقله ابن رُشد وصاحب المعيار وابن سلمون وأبو الحسن وغيرهم. (هـ) باختصار نقله الشيخ بناني في حاشيته، وسلمه الرهوني بسكوته عنه. وفي نوازل العلّامة سيدي العربي الزرهوني ما نصه : أن الغلّة للمشتري في بيع الثنيا الفاسد على الراجح، كما نقله ابن رُشد وابن سلمون وأبو الحسن وغيرهم،

هذا هو المشهور وبه العمل. قاله المتيطي، ونقله شارح العمل. وفي نوازل ابن هلال : المشهور المعمول به في المذهب أن الغلَّة في البيع الفاسد للمشتري...الخ ونظمه في التحفة بقوله :

ولا كِراء فيه هَبْهُ لأجَل أو لَا وَذَا الذي به جَرى العمل

قال الشيخ التَّاودي في شرحها : وهو قول مالك وابن القاسم، وعليه أكثر العلماء.

وقال الشيخ أبو علي بن رحَّال : قول التحفة : ولا كراء فيه...الخ البيت : هذا رأيت أنه هو القول المشهور المعمول به، ومقابِله هو رد الغلَّة بناء على أن هذا سَلَف...الخ وحكى ابن سلمون في بيع الثنيا قولين : هل هو بيع فاسد فلا يرد المشتري الغلَّة أو سلف جرَّ نفعا فيرد المشتري الغلَّة للبائع. قال : والذي عليه أكثر العلماء، وهو قول مالك وابن القاسم، أنه لا كراء فيه، كان إلى أجل أو غير أجل، لأنه بيع فاسد عندهم. وبه العمل...الخ وظهر بهذا أن ما رجحه التسولي في شرح التحفة من كون الغلَّة في بيع الثنيا للبائع مخالِف لما رجحه المتأخرون كلهم، فلا عبرة به. وانظر قول ابن رحَّال. ولولا مخالفة ما ذكره الناس من التشهير وجرى العمل لَأفتينَا بما يفتي به ابن هلال، لأجل ما فهمناه من أن الناس يقصدون السلف مطلقا، فلِم يتجاسر على الفتوى بمقابل المشهور مع فهمه منهم قصد السلف... وأيضا مخالف لقول المختصر : «وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض...الخ»، فإذا انتقل الضمان للمشتري بالقبض، فالغلَّة له، لقولهم : الخراج بالضمان. تأمله، ومثله قول التحفة :

والبيع لِلثنيا لفسخ دَاع والخرْجُ بالضَّمان للمبْتاع

وإذا فُسخ هذا البيع فيجب على البائع رَد ما كان قبضه من المشتري، سواء زاد أو نقص، ولا خلاف في ذلك. ففي جواب للشيخ الرهوني نقله الشيخ الحائك في نوازله عمَّن أعطى لآخر ألف ريال قراضا، وكان صرف الريال وقت الإعطاء اثنتي عشرة أوقية ونصفا، فلما تفاصلا كان صرفه ثلاث عشرة أوقية. ونصفا، فطلب رب المال أن يأخذ الزائد في السكَّة ثم يقسم الربح، وامتنع العامل

من ذلك، ما نصه : وأما كون رب المال يقضى له بعين السكَّة التي خرجت من يده، ولا يكون ربح إلا بعد أخذه ذلك، فنصوص المتقدمين والمتأخرين من الموثقين وغيرهم أشهر من أن تحتاج إلى جلب نص عليه. وما يتخيل من أن محل كلام أهل المذهب حيث بقيت السكَّة المدفوعة أوَّلا على حالها لا يلتفت إليه، بل أهل المذهب نصوا على أن تبديل السكَّة لا تأثير له، وأن الواجب في المعاملات كُلِها سكَّة تاريخ المعاملة، ولا خلاف بينهم أعلمه في مثل نازلتنا وهي تغيرها مع بقاء المعاملة بها. فتأمَّل قوله، وأن الواجب في المعاملات كُلِها سكَّة التاريخ...الخ فإنه يفيد ما قلناه قطعا، وسواء كتب في الرسم أن الثمن ريالات أو مثاقيل لا فرق بينهما، لأن الثمن إنما يدفع فضة في الغالب، ولو كتب في الوثيقة المثاقيل، وأيضا المثاقيل تكون من الفضة كما تكون من الفلوس، فليست خاصة بالفلوس. ومثل ما قاله الرهوني لولد الناظم في شرح التحفة ونصه : العقود السالفة في تلك المدة المختلفة التواريخ، المنعقدة مساكتة أو على شرط، يجتمع حُكمها في أصل واحد، وهو أن الواجب الآن ما وجب في الذمَّة حينئذ، فما كان يحكم به لصاحب الحق في تاريخ العقد هو الذي يحكم به الآن، إذ لا يصح أن يتحوَّل ما في الذمَّة بحوالة سوقه وتبديل سعره. فانظر قوله، يحكم الآن بما كان يحكم به في تاريخ العقد تجده صريحا في النازلة، ومثل هذا قول العمل الفاسي :

والمشتري إن استحالت سكَك   فبالقديم كُلُّ ما لا يُتْرك

وفي هذا كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئل الشيخ الرهوني عن نازلة وقع فيها نزاع بين القاضي والطَّلبة، وهي : دار الصابون مملوكة لأناس، فدفعت لسَمسار لِيَبِيعَهَا، ثم إنه سَمسرها أياما، وأتى مخبرهُم أنها وقفت في المزايدة على فُلان بستمائة مثقال، فقدموا على الرجل الذي وقفت عليه وقالوا له : أنفذنا لك البيع فيها بما أخبرنا به السَّمسار، فقال لهم : لم أزد فيها قط، وأنكر ذلك إنكارا كليا، فرضوا منه باليمين لعدم من يشهد لهم على ما قيل لهم، فقلَبَها عليهم، فهل سادتنا تنقلب عليهم ويحلفونها، أمْ اليمين على السَّمسار لمباشرته العقدَ، وعلى أنها تنقلب عليهم، فهل تكون على البت بأنها

وقفت عليه بما ذكر اعتمادا على قول السَّمسار بأن يقولوا : بالله الذي لا إله إلا هو لقد وقفت عليك بكذا، أو لا يقولون إلا بالله الذي لا إله إلا هو لقد وقفت عليك بكذا على ما أخبرنا به السَّمسار، أو يقولون : بالله الذي لا إله إلا هو. لَفُلانٌ الفُلاني السَّمسار أخبرنا بأنه سَمسرها إلى أن وقفت بالمزايدة بكذا وكذا. أجيبوا جوابا تؤجَرُون به.

فأجاب : الحمد لله، من المعلوم المقرر أنه ليس في السُّنَّة أن يحلف شخص ليستحق غيرُه، ولا يخرج عن هذه القاعدة شيء، ولهذا وجهوا قول اللَّامية : وأما أب فيما تولَّاه من معاملة فلا..، بأن حلفهما لدفع الغرم عن أنفسهما بترك الإشهاد، ولا يلحق بهما السَّمسار، لأنه لا يباشر عقد البيع فيما يسَمسره ولو فيما قل ثمنه من الأشياء، فكيف بما هو كمسألتكم، وإنما إنشاء العقد للمالك. وقد صرحتم بذلك في السؤال بقولكم، فقدموا على الرجل وقالوا له : أنفذْنا لك البيع بما أخبَرنا به السَّمسار، فاليمين المنقِلبة إنما هي على أرباب المِلْكِ لا على السَّمسار، فقولكم : أو على السَّمسار لأنه هو الذي باشر العقد مناقض لما صرحتم به في قولكم : أنفذْنا لك البيع...الخ، وحَلِفُهم على البت لأنها على الإثبات لا على النفْي. وفي التحفة : ومثبت لنفسه ومن نفى عنها...الخ البيتين، فإن حصل لهم اليقين بذلك ساغ لهم الإقدام على الحلِف، وإن حصل لهم الظن القوي فكذلك على ما صرح به في باب الشَّهادة من المختصر بقوله : «واعتَمَدَ البات على ظنٍ قوي لا على مقابِله»، وهو ظاهر قوله في باب اليمين، وغَموسٍ بأن ظن أو شك، والله أعلم. اهـ

وسئل الرهوني أيضا عن رجل باع من آخر داراً مثلا، وبعد انعقاد البيع بينهما تطوع المشتري بالثُّنْيا قائلا له : إن أتيتني بالثمن فمبيعك مردود إليك. ثم بعد ذلك جاءه البائعُ المذكور وطلب منه أن يرد له المبيع، فقال له المشتري : إني اشتريته منك بأكثر ممَّا أتيتني به، فناكَرَه البائع قائلا له : إن الذي وقع به التبايع بيننا هو ما رددْتُه لك، ولم أقِبض منك حين انعقاد البيع بيننا سواه. فهل وفقك الله، القولُ في ذلك قول البائع المتطوَّعِ له أو قول المشتري المتطوِّع ؟ أجِبنا والمولى

يبقيك بخير.

فأجاب : الحمد لله، هذا من باب اختلاف المتبايعين في الثمن بعد الفوت، فإن أشبها معا أو المشتري وحده، فالقول قوله، وإلا فقول البائع، والله أعلم. (هـ).

وفي نوازل مُعَاوَضَات المعيار بعد نحو خمس ورقات، ما نصه :

وسئل سيدي أبو عبد الله السرقسطي عمَّن يعطي حاجة لدلَّال يسوِّقها، ثم إن الدلَّال بعد بيعها يغيب على المغرم ويقسمه مع التاجر وبائع السلعة، فهل يسوغ ذلك لهم أم لا ؟ وهل يجوز لأحد أن يغيب على شيء من المغارم ؟ بينوا لنا ذلك.

فأجاب : الجواب أن مصالح المسلمين التي لا تسكن ثغورهم ولا ينكف عنهم عدوهم دمَّر الله، ولا تأمن طرقهم إلا بها، إن كانت لا تقوم إلا بمغارم الأسواق، وكان أصل وضعها عن اتفاق من أهل الحل والعقد قديما لذلك، لكون بيت المال عاجزا قاصرا عنها، فإن تلك المغارم يجب حفظها وأن يولِّى لقبضها وصرفها في موضعها الثقات الأمناء، فإن أخذوها من محلها ووضعوها في المصالح التي جعلت لهم كان سعيهم مشكورا، ومن ضيعها ووضعها في غير مواضعها كان غاشا ظالما، وكذلك من لزمته من أهل الأسواق فحبسها ولم يخرجها. (هـ). وذكر عقبه متَّصلا به جوابا آخر ونصه :

وسئل القاضي أبو عمر بن منظور عن الوظائف الموظفة على الأرضين بجزيرة الأندلس المسماة بالمعونة،

فأجاب : الحمد لله تعالى والصلاة والسلام على رسول الله.

الجواب وبالله التوفيق، أن الأصل ألَّا يطالَبَ المسلمون بمغارم غير واجبة بالشرع، وإنما يطالَبون بالزكاة وما أوجبه القرآن والسنَّة كالفيء والرِّكَازِ وإرث من يرثه بيت المال، وكذا ما أمكن به حماية الوطن، وما يحتاج إليه من جند ومصالح المسلمين وسد ثلم الاسلام، فإن عجز بيت المال عن أرزاق الجند وما يحتاج إليه

من آلة وحرب وعُدّة فيوزع على الناس ما يحتاج إليه من ذلك، وعند ذلك يُقال : يُخَرِّج هذا الحكم ويستنبَطُ من قوله تعالى : « قالوا يا ذا القرنين إن ياجوج وماجوجَ مفسدون في الأرض، فهل نجعل لك خرْجا، الآية »، لكن لا يجوز هذا إلا بشروط :

الأول، أن تتعين الحاجة، فلو كان في بيت المال ما يقوم به لم يجز أن يفرض عليهم شيء، لقوله ﷺ : ليس على مسلمٍ جزيةٌ. وقال ﷺ : لا يدخل الجنة صاحب مكْس، وهذا يرجع إلى إغرام الأموال كُلها.

الثاني، أن يتصرف فيه بالعدل ولا يجوز أن يستأثر به دون المسلمين، ولا أن ينفقه في سرف ولا أن يعطيه من لا يستحق، ولا يعطى أحد أكثر مما يستحق.

الثالث، أن يصرفه مصرفه بحسب الحاجة والمصلحة لا بحسب الغرض.

الرابع، أن يكون الغرم على من كان قادرا من غير ضرر ولا إجحاف، ومن لا شيء له أو له شيء قليل فلا يقدم شيئا.

الخامس، أن يتفقد هذا في كل وقت، فربما جاء وقت لا يفتقر فيه لزيادة على ما في بيت المال فلا يوزِّع، وكما يتعين التوزيع في الأموال كذلك إذا تعينت الضرورة للمعونة، بالأبدان، ولم يكف المال فإن الناس يجبرون على التعاون على الأمر الدَّاعي للمعونة، بشرط القدرة وتَعيُّنِ المصلحة والافتقار إلى ذلك. فإذا تقرر هذا فنقول في المسألة المسؤول عنها : إذا جزم أمير المؤمنين نصره الله وعزم على رفع الظلم، وأخذ على أيدي الآخذين الفُعَّال، ورفع ما أحدث في هذه الأزمنة الفارطة القريبة مما لا خلاف في ظلمه ولا ريب في جوره، وسلك بِالمأخوذ على الشروط التي ذكرناها حتى يعلم الناس أنهم لا يطالَبون إلا بما جرت به العوائد، وسلك بهم مسلك العدل في الحكم، ولا يزال أيَّده الله يتفقد رعيته وَوُلَاته حتى يصيروا على نهج قويم، فله أن يوزع من المال على النسبة المفسرة أو ما يراه صوابا ولا إجحاف فيه حسبما ذكرناه، أصلح الله أموره وكان له، وجعله من الأئمة الراشدين. قاله ابن منظور رحمه الله مسَلِماً على من يقف عليه.

وسئلت عمن تسلف ريالة، هل يجوز أن يأخذ فيها خمس بسيطات أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، في السفر الثاني من نوازل الزياتي أن مؤلفها سيدي عبد العزيز بن الحسن الزياتي قال :

سئل سيدي عبد القادر الفاسي عمن ترتَّب له في ذمَّة إنسان عشرون ريالا أو أربعون مثلا من سلف أو من بيع، فلمَّا أراد اقتضاءها أحضر له الدراهم، فهل يجوز أن يأخذها في ديْنه، وأصله ريال، أم لا ؟ وإذا قيل بالجواز، فهل يأخذ عشرين موزونة في الريال أو أكثر ؟

فأجاب : إعلَمْ أن هذا بمنزلة اقتضاء القراريط والأثمان عن الدراهم، والمسألة فيها خلاف. فذكر كلام الحطاب والمواق، وقال بعدهما : هذا دليل المنع، ولنا دليل الجواز. ففي العتبية : سئل مالك عن الرجل يشتري من البياع بالدانق والدانقيْنِ والثلاثة حتى تكثر الدوانق فتكون درهمين أو ثلاثة، فيعطيه دراهم، فقال : لا أرى بذلك بأسا، ودِينُ الله يُسْر، ثم نقل كلام ابن رُشد عليها. ثم قال : وسئل العُقْباني عمَّن تسلف دراهم كبارا هل يجوز أن يأخذ صغارا وبالعكس أم لا ؟

فأجاب : قال في المدونة فيما إذا استقرضت دراهم عددا ما نصه : ويجوز أن تقضيه أقل من عددها في مثل وزنها. (هـ). وهذا النص ظاهر ظهورا بينا في جواز ما سألت عنه، إلى أن قال : فإن كان الريال يجوز عددا على أن الريالة الواحدة منه تجوز في مقابلة عدد من الدراهم معلومٍ، لا تتعدى المساوي لها في الوزن أو بينهما تفاوت، إلا أنه غير معتبر فيهما لأجل التعامل بالعدد، فهي المسألة المختلَف فيها المتقدِمة من أنه كبير في صغار وبالعكس. وقد اقتصر البرزُلي فيها في مسألة القِراض على الجواز حسبما نقله عن ابن عبد السلام والغبريني وبعض المتأخرين. قال القاضي أبو عثمان العُقباني : وقولهم إن هذه دار الفضل فيها من الجانبين خلاف المعروف من حال الناس، فإن من باع بمائة درهم صغارٍ لا يتوقف

في أن يقبض خمسين درهما كبارا إذا وجدها، ولايرغب فيها إذا لم يجدها، وكذلك المشتري فيما يدفع، ولقد ابتليت بالقضاء قريبا من خمسين سنة في بلاد مختلفة، فما رأيت قط ولا سمعت من يتحاكم يقول : بعت بصغار فلا آخذ إلا صغارا وبالعكس. (هـ) باختصار، وفيه كفاية لجواز ما سئل عنه، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به.

نوازل العيوب

سئلت عمَّن اشترى أَمَة ثم ادعى أنها حامل وأراد ردها على بائعها بعيب الحمل، فوجَّه القاضي امرأتين لنظرها فشهدتا بأنها حائض وأنها لا حمل بها فبطل قوله، ثم بعد مدَّة أثبت بطبيبين أن بالأَمَة المذكورة جُذاما قبل البيع، وأنه يخفى عند التقليب، فرجع أحد الطبيبين عن شهادته، فتوجه لرؤيتها عن إذن القاضي نحو الثلاثة من الأطباء فشهدوا بأن ما فيها إنما هو حرارة من دماغها وليس بجُذام...الخ.

فأجبت : الحمد لله، لا تسمع دعوى المشتري أن بالأَمَة عيب الجُذام لأمرين :

أحدهما أنه كان ادَّعى أن بالأَمَة عيب الحمل وعجز فيه وذلك موجب لبطلان قوله الآن، لأنه انتقال من دعوى إلى أخرى تباينها. وفي نوازل العلمي ما نصه : وجدت بخط بعضهم ناقلا عن التوضيح : إذا انتقل الخصم من دعوى إلى أخرى تباينها سقطت دعواه معاً. (هـ).

ثانيهما، أن أحد الشهيدين بالجُذام رجع عمَّا قاله ولم يبق إلا واحد فقط وهو غير كاف في إثبات العيب على ما اختاره الشيخ أبو علي بن رحَّال، ونصُّه : ذكر كثير أن العدل الواحد لا يكفي وحده ولو في الإرسال (أي من القاضي)، وهذا هو الذي يقلّد في هذه الأزمنة، وليس هذا في الحقيقة مخالفا لكلام الناس، أنظره. وعلى تسليم أن الواحد يكفي كما قاله المتيطي وغيره، فالإثنان الشاهدان بل الثلاثة بأن ذلك حرارة فقط لا جُذام يقومون على الواحد، سواء قلنا ذلك أي قول الأطباء المذكور خبرأوشهادة، أما الأول، فلقول التحفة :

وواحدٌ يجزيء في باب الخبر　　　واثنان أولى عند كل ذي نظر

فهو صريح في ترجيح الاثنين على الواحد في باب الخبر، وأما الثاني فلقول المختصر تبعا لأهل المذهب في عد المرجحات : «وبشاهدين على شاهد...الخ» والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عن رسم مُضمَّنُه : وقف شهيداه على عين فرس صفتها كذا وكذا، ميتة لا روح بها بعد موتها، وكانا عايناها قبل الموت أيضا، وأن بها الزينة الباردة وأنها يتورث منها النهجة القاتلة للدّواب، وأنها قديمة بها، أقدَمَ من أمَدِ التبايع بينهما الذي هو شهر فأكثر، وأنها من العيوب التي تخفى على المشتري، قالا ذلك وشهدا به.

فأجبت : الحمد لله، حيث أدلى المشتري بالرسم أعلاه وفيه التصريح بأن أمد البيع شهر فأكثر، فلا مقال له، لأن كلّ من أدلى برسم فهو قائِلٌ به، وعليه فحيث جاوز البيع الشهر، فلا رد للمشتري. ففي جواب السيد علي بن هارون : إذا كان الأمر كما ذكرتم، وكان القيام بالعيب بعد تمام شهر، فالذي أفتى به شيخ الجماعة سيدي أبو محمد عبد الله العبدوسي عدم الرجوع، وتلقاه قضاتنا وفقهاؤنا بالقبول لقلة أمانة البياطرة والناس، فيشتري الرجل الدّابة ويسخرها وينهكها ويقضي بها وطره ثم يلطم بها وجه صاحبها وذلك صواب إن شاء الله. (هـ).

وفي نوازل القاضي سيدي محمد المجّاصي رحمه الله ما نصه : وليست العلّة قلّة الديانة فقط، بل لأن الشهر مظنة التقليب والاختبار بالحمل والركوب، وهذا المعنى موجود في الدّواب لاهتمام الناس بشأنها بخلاف الأنعام فافترقا. (هـ).
وإلى هذا العمل أشار العلّامة أبو زيد الفاسي بقوله :

وبعد شهرٍ، الدّوابُّ بالخصوص بالعيْبِ لا ترد فافهم النصوص.

قال المحقق السجلماسي في شرحه الذي جرى به عمل أهل فاس : إن الدّواب لا يردها المشتري، يقوم به بعد شهر من يوم الشراء، ولو أثبت قِدَمه بشهادة البياطرة. (هـ)، ومثل هذا العمل في حاشية الشيخ بناني. نعم يستثنى من ذلك ما إذا كان البائع عالما بالعيب وكتمه وثبت ذلك عليه بإقرار أو بينة، فإن البراءة لا تنفعه ولو بعد شهرين أو ثلاثة، أنظره، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به.

وفي نوازل القاضي سيدي محمد بن الحسن المجّاصي رحمه الله أنه سئل عن عيوب الأنعام، هل الحكم فيها كالحكم في عيوب الدّواب من أنه لا قيام

للمبتاع بعيب يجده بعد شهر من تاريخ البيع.

فأجاب : الذي وقع في عبارتهم من عدمِ الرَّد بعد شهر إنما هو في الدابَّة، وهي في العرف عند الفقهاء ذات الحوافر لا ذات الظلْق كالأنعام، وليست العِلَّة قِلَّة الديانة فقط، بل لأن الشهر مظنة التقليب والاختبار بالحمل والركوب، وهذا المعنى موجود في الدَّواب لاهتمام الناس بشأنها، بخلاف الأنعام فافترقا. (هـ) الغرض منه. وقال الشيخ سيدي عبد القادر الفاسي رحمه الله في جواب له عن مثل مسألة المجَّاصي المذكور ما نصه : ولعلهم خصُّوا الدَّواب بذلك لكثرة تعاطي النخاسين لشرائها وشدَّة احتياجهم إليها دون غيرها من الأنعام، لأنها غير مرادة للخدمة والامتهان كما في الدَّواب، فعمدوا إلى تقليل التنازع ورفع الشغب عن الحكام باقتصارهم على هذه المدة التي يتبيَّن العيب القديم فيها غالبا. انتهى.

وسئلت عمَّا يظهر من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله، الشهادة أعلاه لا توجب رد المبيع على بائعه، لأن المعمول به أن الدَّواب لا ترد بعد شهر بالعيب الذي يظهر بها حسبما نظمه أبو زيد الفاسي بقوله :

وبعد شهْرٍ الدَّوابُّ بالخصوص   بالعيْب لا تُرَد فافْهم النصوص

واستثنى الشيخ أبو علي بن رحال عيب الذباب الذي يظهر في الليالي فقط، ونصُّهُ في كتاب تضمين الصناع : عيوب الدَّواب قسمان : ما يمكن قدمه وحدوثه، وما لا يمكن إلا قِدَمُه. فالأول كالعيب المسمَّى بالشعير وهو الذي لا يرد فيه بعد شهر، والثاني كالعيب المسمَّى بالذباب فإنه لا يظهر إلا بعد مدة معروفة، وذلك أنه يعلق بالخيل آخر الربيع، ولا يظهر ظهوراً يقطع به إلا في الليالي، فيجب الرد به وإن مضى الشهران والثلاثة، ويحمل كلام العبدوسي ومن تبعه على القسم الأول، هذا الذي ظهر لنا في النازلة. (هـ)، فانظر قوله : لا يظهر ظهورا يقطع به إلا في الليالي... الخ. يظهر لك أن لا رد بالعيب أعلاه قطعا لخروجه عن موضعه، إذ موضوعه الذباب الذي يظهر في الخيل وقت الليالي فقط، وذلك بمعزل عن النازلة، على أن ما قاله ابن رحَّال ليس بمسلم.

قال الشيخ التسولي في شرح التحفة : وانتقد عليه ذلك بعض المتأخرين بأن كل من أفتى من المتأخرين بأن الدَّواب لا تُرد بعد شهر كالعبدوسي والمكناسي والشيخ عبد القادر الفاسي وأبي عبد الله القوري وسيدي علي بن هارون وغيرهم، لم يفرقوا بين عيب الذباب وغيره، وتعليلهم ذلك بأن الحيوان لا يكاد يبقى على حال، مع قول مالك في الذي يشتري، فإن وجد رِبحا وإلَّا خاصم مع حِيَل البياطرة وكثرة جرأتهم وقلة صِدقهم، وكثرة احتيال النخاسين واستهانتهم للدَّواب بالخدمة، مع ما قالَه ابن هارون من كون الرَّجل يشتري الدَّابة ويسخرها وينهكها، ويقضي بها وطره ثم يلطم بها وجه صاحبها، دليل على استواء العيوب كلها، ذبابِها وغيره. (هـ) باختصار. وما قاله هذا المنتقد ظاهر من حال العامة، فإنهم لما تفطنوا لما قاله ابن رحَّال صاروا لا يقُومُون بعد موت الحيوان إلا بعيب الذباب، ويبقرون على الدَّابة بعد موتها، ويشهد البياطرة بأن في مجبنتها دُودا هو المسمى بالذباب، ولا تجد أحدا ماتت له دابَّة إلا وقام بذلك، وربما لا يبقرونها إلا بعد يوم أو يومين من موتها، وربما كان ذلك الدُّود متولدا أي شيئا يشبه الدُّود، كما يوجد ذلك بخياشيم الشَّاة الصحيحة، وربما يكون أيضا حدث بعد الموت لسرعة تغيُّره. (هـ) كلام التسولي، وهو حق لا شك فيه، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وقال في جواب آخر عن معاوضة هذه الفتوى ما نصه :

الحمد لله، الشهادة التي استظهر بها المشتري لا توجب له رد البغل على البائع، لأن البيطارَين لم يشهدا أن البغل مات من الدُّود الذي وجد في جوفه، وإنما شهدا بأنهما بعد شقه وجدا فيه الدُّود المذكور، ولا يلزم من ذلك أنه مات منه لأنَّ أسباب الموت غير محصورة فيه، فلعله مات من سبب آخر، وعلى تسليم أنه مات منه فلا ردَّ به، لأنه تقرر العمل بفاس من وقت الإمام العبدوسي الى الآن بعدم ردِّ الدَّواب بالعيوب التي تظهر بها بعد شهر من يوم البيع، ولو ثبت قدمها بالبياطرة كما يجب، ولا خلاف بينهم فيه. قال شارح العمل الفاسي : الذي جرى به العمل بفاس، أن الدَّواب لا يردها المشتري بعيب يقوم به بعد الشهْرِي من يوم الشراء،

ولو أثبت قدمه بشهادة البياطرة على حسب اجتهادهم ودليل معرفتهم. (هـ). وقال القاضي المكناسي في مجالسه فيمن قام بعيب دابَّة وأنكر البائعُ العيب وقِدَمه ما نصه : حكمها أن يكلِّف المشتري القائمُ بالعيب ثبوتَ العيب وقِدَمه، وأنه ممَّا يخفى، وأنه ممَّا ينقص من الثَّمن نقصا له بال، وأنه أقدَمُ من أمد التبايع الواقع منذ كذا، إن كان التبايع تاريخه أقل من شهر على ما هو العُرف الآن من أنه لا قيام للمشتري بالعيب بعد شهر من يوم البيع...الخ.

وفي نوازل العلمي أنه قال : سئل الإمام القوري عمَّا كان يفتي به سيدي عبد الله العبدوسي في عيوب الدَّواب من أنه لا قيام فيها بعد شهر من تاريخ البيع، هل هذا النقل صحيح أم لا ؟

فأجاب : كان الفقيه الحافظ شيخنا سيدي عبد الله العبدوسي يفتي في الدَّواب خاصة أن لا ترد بعيب بعد مُضي شهر، ووجهُه والله أعلم، كون الحيوان سريعَ التغيُّر لا يكاد يبقى على حالة واحدة، ولكون البياطرة جهلة قليلي الدين رَاعَى الشيخ المصلحة العامَّة، فأما غير الدَّواب من الرقيق وغيره فلم يجد في ذلك حدا. (هـ). وفي شرح العمل الفاسي، قال سيدي علي بن هارون رحمه الله في جواب له : إن كان الأمر كما ذكرتم، وكان القيام بالعيب بعد تمام شهر، فالذي أفتى به شيخ الجماعة سيدي أبو محمد عبد الله العبدوسي عدم الرجوع، وتلقاه قضاتنا وعُلماؤنا بالقبول، لقلة أمان البياطرة والناس، يشتري الرجُل الدَّابة ويسخرها وينهكها ويقضي بها وطره ثم يلطم بها وجه صاحبها، وذلك صواب إن شاء الله. (هـ). ومثله في نوازل سيدي عبد القادر الفاسي ونوازل المجَّاصي وحاشية بناني والرهوني وشرح التسولي. ونظمه أبو زيد الفاسي بقوله :

وبعْد شَهْرٍ، الدَّوابُّ بالخصوص   بالعيب لا تُرَدُّ فَافْهَم النُّصُوص

وقد تقرر أنَّ جَرْيَ العمل بقول من الأقوال في المسألة يرفعُ الخلاف فيها، ونظمه أبو زيد أيضا في أول عملياته فقال :

وَبَعْدُ فالقَصْد بذا النظامِ بعْضُ مسائلَ من الأحكام
جرَى بها لِيَرفَعَ الخِلافَ عَملُ فَاسٍ يَتْبَعُ الأعرافَ

وإذا تمهَّد هذا علمت أن من أفتى ببحث الهلالي في هذا العمل إنما أراد إضرام نار الفِتَن، إذ لا وجه للعدول عمَّا اتفق عليه الأئمة وجرى به عملهم في أعصار متطاولة إلى ما قاله واحد منهم فقط، مع أنه لم يقله أحد قبلَهُ ولا تبِعَهُ عليه مَن عاصَره ولا من جاء بعده، فعلى تقدير صحته لا يجوز الإفتاء به لأنه بلغ الغاية في الضعف، والفتوى إنما تكون بالراجحِ أو المعمولِ به، ولذا اعترضوه عليه، كما نقله التسولي، وبالَغَ في اعتراضه أيضا ابن عبد السلام بناني، كما نقله عنه بعضهم.

ثانيها، على تسليم أن ما قاله ابن رحَّال معتمَدٌ، فلا يصح الاحتجاج به، لأنه إنما أثبته في الخيل فقط، فإثباته في غيرها يحتاج إلى دليل ، ونصه في آخر كتاب تضمين الصناع : إن الذباب لا يظهر إلا بعد مُدَّة معروفة لمن يقتني الخيل بحيث لا يكون فيه شك عندهم ولا خلاف، إلى أن قال : وذلك أن الذُّباب يَعْلَقُ بالخيل في آخرِ الربيع، ولا يظهر ظهورا يُقطَعُ به إلا في الليالي، فإذا اشترى فرسا في آخر الخريف وظهر بِها الذُّباب فلا يحتمل أن يكون حدث عند المشتري، إلى أن قال : هذا أمر ضروري يشهد به كل من يقتني الخيل، فلا يختص به واحد دون آخر منهم...الخ. فقول من قال : لا مفهوم للخيل غير صحيح، إذ لا قائل به. والفتوى إنما تكون بالراجحِ أو المعمولِ به كما قدَّمناه لا بما لَمْ يقل به أحد.

وأمَّا قوله عن شرح العمل، وقد علق بحفظي بيت أظنه من نظم الشيخ أبي علي وهو :

ولا تُرد بعد شهرٍ الدَّواب لا غير بالعيب سوى عيب الذباب

فضروري البطلان أيضا، لأنه كما ترى لم يجزم بصحة نسبة البيت المذكور لأبي علي. وقد قال أبو العبَّاس الهلالي : يُشترطُ في الكتب التي يُعتمد عليها في الفتاوَى والأحكام أن يثبت عند العامل بها والمفتي والحاكم صحَّةُ نسبتها إلى مؤلفها وصحَّتُها في نفسها... الخ، وكلا الأمرين هنا لم يصحّ كما ترى. على أنه لو صحت

نسبة البيت لأبي علي لكان معناه سوى عيب الذُّباب أي في الخيل فقط، بدليل صريح كلامه في آخر كتابه تضمين الصناع، تأمله.

ثالثها، أن كلام ابن رحَّال حجة عليه لا له، لأنه قال في عيب الذُّباب : لا يظهر ظهورا يقطعُ به إلا في الليالي، فكلامه يفيد أن العيب المذكور قبل الليالي لا يُقْطعُ به كما هُنا، لأن البغل المبيع مات في الصيف، فالشهادة بأن ذلك الدُّود هو الذُّباب غير معتبرة لأنه إِنَّمَا يسمّى بذلك ويجزم به، ويوجِب الرَّد إذا ظهر في الليالي. فقول من قال : هذا إن بقيت الدَّابة لا إن ماتت...الخ، غيرُ صحيح، إذ لا قائل به أيضا، وما ينبغي للانسان أن يزيد في العلم قيودا من عند نفسه ويرتب عليها أحكاما شرعية، فإلى الله الضَّراعة من مثل ذلك، بل يكتفي بالمنصوص، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمَّا يظهر من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله، شهادة الشهود أعلاه باطلة لا تفيد شيئا أصلا، بل هي والعدم سواء لوجوه :

أوَّلها، أن مثل هذا العيب لا يوجِب الرَّد على ما هو المشهور. وذكره في المختصر بقوله : «وما لا يُطَّلَعُ عليه إلا بتغيُّرٍ كسوس الخشَب والجوْزِ وَمُرِّ قثّاء. ونقله العلمي في نوازل العيوب، وقال بعده : «يعني أن ما لا يُطلعُ على وجوده إلا بتغيُّر في ذات المبيع، فإنه لا يكون عيبا على المشهور، ولا رجوعَ للمشتري على البائع في شيء من ذلك، ومثل ذلك الشاة تُذبَح، فيوجد جوفها أخضر، ومنه سوس الخشب ونحوه». (هـ). وقد عدَّ عيوب الدَّواب التي تُرَدُّ بها، نقْلا عن صاحب المعيار، ولم يذكر منها الذُّب المذكور، وما ذاك والله أعلم، إلا لكونه على خلاف المشهور.

ثانيها، أن الشهود كلهم لم يشهدوا بأنهم رأوا ذلك الفرس قرب وفاته، فيحتمل أن يكون ذلك الدُّود الذي رأوه من طوله ميِّتا لأنه يسرع إليه لحدثان وفاته فأحْرى مع الطُّول، ومن المعلوم أن ما احتمل واحتمل سقط به الاستدلال.

ولذا قال التسولي في شرح التحفة : لا تقبلُ الشهادة بغيبه حتى يقولوا : وفقنا عليه بفور الموت قبل تغيُّره، وطولُ موته اليومُ ونحوُه، لأن الحيوان سريع التغيُّر في الحياة، فكيف بعد الموت، فلا تقبل فيه الشهادة من البياطرة مجملة. (هـ)..

ثالثها، أن الشهيدين بذلك وهما ابن عيسى والعاطف عليه لم يؤديا شهادتهما عند قاض أصلا، وقد نصُّوا على أن الشهادة إذا لم تؤدِّ فهي كالعدم، لأنها محض زمام، ولا حاجة إلى نقل ما يشهد له لأنه ضروري.

رابعها، أن شهادة البياطرة بعد موت الحيوان لا تقبل إلا إن كانوا عدولا، كما قاله صاحب الطُّرر، وشروحُ المختصَر وغيرهم كابن فرحون. وقيد به شارح العمل الفاسي قوله : وبتساهل بأرباب البصر... البيت، ونصُّه : محل قبول غير العدول من أرباب البصر إن كان الحيوان المشهود بعيبه حيا وإلا فلا يُقبَل في ذلك غيرُ العدول...الخ. وكذا قيّد التسولي به كلام التحفة.

خامسها، أن المتلَقيَيْنِ هنا من البياطرة مجهولان، إذ قولهما : فُلان وفُلان، لا تعيين فيه. وأما اللفيف المذكور فلا تجوز شهادتهم بالعيب المذكور حتى يثبت أنهم من أهل المعرفة به، لقول التحفة : ويُثْبِتُ العيوبَ أهلُ المعرفة، بها...الخ. وقولها أيضا :

ثم العيُوب كلها لا تُعتَبَرُ إلا بقولِ مَن له بها بَصَرْ

ثم على تسليم هذه الشهادة بتقدير صحتها فلا تفيد شيئا، لأن العمل بفاس جرى بأن الدَّواب لا ترد بعد شهر بالعيوب التي تظهر بها. وتفرَّد أبو علي ابن رحَّال باستثناء عيب الذُّباب، ونوقش فيه. قال الشيخ التسولي في شرح التحفة : قال ابن رحَّال : يُستثْنَى من ذلك عيبُ الذُّباب، فإن الدَّواب ترد به ولو بعد شهر، وانتقد عليه ذلك بعض المتأخرين بأن كل من أفتى من المتأخرين بأن الدَّواب لا ترد بعد شهر، كالعبدوسي والمكناسي والشيخ عبد القادر الفاسي وأبي عبد الله القُوري وسيدي علي بن هارون وغيرهم، لم يفرقوا بين عيب الذُّباب وغيره، وتعليلهم ذلك بأن الحيوان لا يكاد يبقى على حال، مع قول مالك في الذي يشتري، فإن وجد ربحا وإلَّا خاصَمَ مع حيل البياطرة وكثرة جرأتهم وقلة

صدقهم، وكثرة احتيال النخاسين واستهانتهم للدّواب بالخدمة، مع ما قاله ابن هارون من كون الرجل يشتري الدّابة ويسخرها وينهكها ويقضي بها وطره ثم يَلْطِمُ بها وجهَ صاحبها، دليل على استواء العيوب كلِها : ذُبابِها وغيره. (هـ). وما قاله هذا المنتقد ظاهر من حال العامّة، فإنهم لمّا تفطنوا لما قاله ابن رحّال صاروا لا يقومون بعد موت الحيوان إلا بعيب الذباب، ويبقرون على الدّابة بعد موتها، ويشهد البياطرةُ بأن في مَجْبنتها دودا هو المسمى بالذباب، ولا تجد أحدا ماتت له دابّة إلا وقام بذلك، وربّما لا يبقرونها إلا بعد يوم أو يومين من موتها، وربما كان ذلك الدُّود متولِّداً أي شيئا يشبه الدُّود كما يوجد ذلك بخياشيم الشاة الصحيحة، وربما يكون أيضا حدث بعد الموت لسرعة تغيُّره. وهكذا. (هـ) كلامه في شرح التحفة، وهو حق لا إشكال فيه، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت عمَّن ادَّعى على شخص أنه اشترى منه أَمَة قبل تاريخه بنحو تسعة أشهر وظهر بها الجنون حسبما ذلك مُثْبَت بموجِب بيده. فأجابه المدَّعى عليه بالإقرار بالشراء وإنكار الجنون...الخ.

فأجبت : الحمد لله، حيث أقر وكيل المدّعي في المقال أن البيع في الأمَة تقدَّم بنحو تسعة أشهر، كان قيامه الآن بعيب الجنون لغوا لا يفيد شيئا على المعمول به. قال في البهجة، ذكر الإمام اللَّبَّار في حاشيته على المختصَر : أن العمل جرى بعدم الرد في الرقيق بعد ستة أشهر، وبعدم الرد في الرُبْع والعقار بعد سنة، كما لا ترد الدّواب بعد شهر.

قلت : وما ذكره هو اللائق بهذه الأزمنة، فلا ينبغي أن يُعْدَلَ عنه، إذ تلك المدَّة مظِنَّة الاطِّلاع والرضَى، وإن كان ناظم العمل لم يتعرض للأولَيْن وإنما تعرض للثالث، إذ لا يلزم من عدم تعرضه لذلك عدم صحة العمل المذكور فيهما، إذ الإمام اللَّبَّار أمين : ولا يحكي إلا ما ثبت، فلعل العمل الذي قاله اللَّبَّار في الرقيق والربع لم يطَّلع عليه صاحب العمل، إذ لا يلزم أن يطلع على جميع ما به العمل. (هـ). وأما تلك الشهادة بأن بها جنونا، وأن ذلك بها أقدمُ من أمَدِ التبايع، فلا توجب رد الأمَة لأمرين :

أحدهما، جزم الطبيبين بأن ذلك أقدم من أمد التبايع مع أن شهادتهم في ذلك لا تجوز إلا على وجه الترجيح لا على وجه التحقيق والقطع، كما في كتب التوثيق.

قال الفشتالي في وثائقه : تعقد في ذلك وقف شهوده في تاريخه، وهم من العارفين بعيوب الرقيق، وإليهم المرجع في علم ذلك على عيْن مملوك، إسمُه كذا، ونعْته كذا، ونظروه نظراً تامّاً فألْفَوْا به عيوبا وهي كذا، وظهَرَ لهم أنها قديمة أقدم من أمد التبايع الواقع.

وقال ابن سلمون أيضا : نظروا إليه فألْفَوْا به عيب كذا، وظهر لهم أن ذلك عيب فاحش ينقص من ثمنه، وأنه به أقدم من أمد التبايع.

وقال ابن عَرْضُون : ألْفَوْا به عيوبا وهي كذا، وظهر لهم أنها قديمة أقدم من أمد التبايع.

ثانيهما، على تسليم أنهما لم يجزما بذلك، فلا يصح القيام بها بعد هذا الطول المفْرِط، وإنما بمجرد اطّلاع المشتري على العيب المذكور لا بعد الطول والاستعمال كما هنا، لقول التحفة :

والمشتري الشيءَ وبعْدُ يطَّلِعُ   فيه على عيب قيامه مُنِعَ

إلا على الفور، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وأجبت عن معارضة هذه الفتوى بما نصه :

الحمد لله، لا مزيد على ما قدمناه من أن مشتري الأَمَة لا رد له بعيب الجنون بعد مضي ستة أشهر، وما سطر أعلاه مجرد تهويل بما ليس عليه تعويل، وبيان ذلك أن بيع البراءة لا يرد فيه الرقيق بالعيب ولو اطّلع عليه المشتري بالقرب، على ما عند أهل المذهب، وخصص ذلك بغير العيوب الأربعة التي هي الجنون والجُذام والبَرصُ والحملُ. أما هي فيُرجَعُ بها في بيع البراءة، لكن قبل مضي

ستة أشهر على ما جرى به العمل. وعليه فإنْ مشَيْنَا على مذهب الجمهور فلا رد أصلا في بيع البراءة حتى في العيوب الأربعة بالقرب، وَإِنْ مشينا على ما قاله التسولي تبعا لسيدي عمر الفاسي وبه العمل، فلا رد بعد ستة أشهر. فالقول بأن للمشتري الرجوعَ ولو بعد ستة أشهر في بيع البراءة لا يوافِق مذهب الجمهور ولا ما به العمل، وبنقل كلامهم يتضح ما قلناه. ابن عرفة : ولا يُرَدُّ في بيع البراءة بما يظهر من عيب قديم إلا ببينة أن البائع كان عالما به. ابن سلمون : وحُكْمُ بيع البراءة أنه إذا اطَّلع المشتري على عيب في المبيع، فإنْ أقر البائع به أو أثبت أنه علم به قبل البيع رجع به وانفسخ البيع، وإن لم يكن علِمَ به حلف على ذلك ولزِم المشتريَ. (هـ). ونظمه في التحفة بقوله :

والفسخُ إنْ عيبٌ بَدَا من حكمه ... معَ اعترافٍ أو ثبوتِ عِلْمِه

قال الشيخ ميارة : فُهِمَ منه أنه إن لم يعترف البائع بالعيب ولا ثَبَتَ علمه به، أن البيع لا يُفسَخُ ويلزَم المشتري، وهو قول ابن سلمون... الخ. وهكذا عند غير واحد من شروح المختصر والتحفةِ والزِّقاقية، فلا حاجة للتطويل بأكثرَ مِنْ هذا. وقال العلَّامة السِجلماسي على قول أبي زيد الفاسي :

ومُنِعَ الإشهادُ في بيع الرقيقِ ... إلا على بَراءة كما يَليقُ

ما نصه : ثم لا رجوعَ على البائع بما يَطَّلع عليه بعْدُ من العيوب القديمة، حيث كان البائع جاهلا بها وقت البيع، إذ في ذلك تنفع البراءة. وقولُه كما يليق، أي كما هو اللَّائق بحال الوقت لعدم الوثوق بأرباب البصَر وكثرةِ جهلهم بالعيوب. قال القاضي المكناسي أولَ مجالِسِه في جملة ما عدَّه من الشروط التي يشترطها القاضي على الشهود احتياطا لحقوق المسلمين ما نصه : وأنْ لَا يشهدوا في بيع الرقيق إلا البراءة. قال : وفائدته إذا قام المشتري بعيب يدَّعيه ويثبته وقِدَمه، وقَل من يُوثق به في إثباته وقدَمِه، يؤدي ذلك إلى شغب بين البائع والمبتاع، فإن كان على البراءة مما لم يعلمه البائع زال الشغب وارتفع النزاع. (هـ) ونحوه لشراح الزقاقية عند قولها : « وبَيْعَ رقيق بالبراءة فاكتبن...الخ ». فظهربهذا أن قول من قال : المعروف من المذهب في العيْب القديم، إذا لم يعلم به المشتري أن له الرجوع به

مطلقا من غير تحديد بالسنة ولا بنصفها، غير صحيح، بل المذهب في بيع البراءة، الذي هو موضوع النازلة، أنه لا رد به في العيوب كلها ولو قبل الشهر، بدليل الاطلاق في نصوص الأئمَّة المتقدمين، وكذا احتجاجه بكلام شارح العمل على أن ما قاله اللبَّار منْسوخ، حجة عليه لأنه (أي شارح العمل)، تردَّدَ فيما قاله اللبَّار : هل غير منسوخ فيرد الرقيق بالعيب قبل مُضي ستة أشهر، أو هو منسوخ فلا يُرَد أصلا ولو قبل مُضِيّ ستة أشهر، ونصه بعد نقل كلام اللبَّار : وانظُرْ لِمَ لَمْ ينبه الناظم على هذا العمل في الرقيق والرّبْع لا في النظم ولا في الشرح. والظنُّ أن الأبار لا يحكي إلا ما ثبت، ولعل ذلك نُسِخَ وجرى في الرقيق بيعه على البراءة كما تقدم، والله أعلم. (هـ) بلفظه. والذي قدمه في بيع الرقيق على البراءة أنه لا رد فيه أصلا في جميع العيوب حسبما قدمنا كلامه، فنسبة الرُّجُوع له مطلقا ولو بعد السنة، من الأوهام، وكذا احتجاجه على صحة شهادة الأطبَّاء بالجزْم والقطع، بالقياس على الشهادة بالمِلك من الأمور التي يمجها الطَّبع.

أما أولا، فإنه لا حاجة للقياس مع وجود نصوص الموثقين بأنه لا يصح القطع إذ لا قياس مع وجود النص، وأيضا ليس هو من أهل القياس، (لَيْسَ بِعُشّكِ فادرجي.)

وأما ثانيا، فإنه لا جامع بين شهادة الطبيب والشاهد بِالملك، إذ الأول يعتمد على أمور ظنية تنتج الترجيح فقط والاستظهار، بخلاف الثاني فإنه يعتمد على أمور قطعية كرؤية التصرف والنسبة، وهذه قد تنتج القطع والتحقيق، وكذا قوله فرَجَم بالغيب : من أين لهم أن المشتري بعد اطّلاعه استعمله...الخ. ليس بشيء أيضا لأن الطول مظِنَّة اطّلاعه واستعماله، لقول البهجة : ما ذكره أيْ اللبَّار هو اللائق بهذه الأزمنة، فلا ينبغي أن يعدل عنه، إذ تلك المدة مظنَّة الإطلاع والرضَى. وأما ما سطَّر بعد هذا فَمجَرَّدُ إفساد للكاغد بلا طائل أصلا. والحاصل أن مثل هذ الفتاوى الْمُوقِعة في المهاوي لا ينبغي أن تُنسَخ إلا بقصد أن تُرَدَّ، لأن عمل فاس من وقت القاضي المكناسي أنهم لا يكتبون بيع الرقيق إلا على البراءة، وأما الرَّد بالعيب فيه، فخاص بالعيوب الأربعة دون غيرها فلا ردَّ به، هذا هو

المعمول به، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

ووقع السؤال عمَّن باع أَمَة لمشتر وتقابضا العِوضَيْن وتبارءا من درك القبض بعد التقليب والرضى كما يجب، وعلى البراءة المعهودة في بيعِ الرقيق في سادس عشر من ذي الحجة، مشهدَيْنِ أن التبايع وقع بينهما سابقاً في نصف رجب الماضي متَّصلا من هذا البيع. ثم توجه إلى الأَمَة المذكورة ثلاثة أطبَّاء، وشهِدوا أن بها الحب الفرنجي منتشرا في بدَنها، واختفى منه شيء في باطنها حتَّى صار الصديد يسيل من قُبُلِها، وهو نوع من الجُذام، وأقدَمُ من أمَدِ التبايع، في حادي وعشري محرَّم.

والجواب : الحمد لله، والصلاة السلام على سيدنا ومولانا محمد وآله،

لا ضمان على بائع الأَمَة أعلاه لِزِنىً، وموتُها مُصيبة نزلت بالمشتري لأمور :

أولها، أنه بيْنَ الاعترافِ بالتبايع وموجِبَ العيب أكثرَ مَن ستة أشهر. وقد ذكر الإمام اللبَّار في حاشيته على المختصر : أن العمل جرى بعدم الرَّد في الرقيق بعد ستة أشهر. قال في البهجة بعد نقله، قلت : وما ذكره هو اللائق بهذه الأزمنة، فلا ينبغي أن يعدل عنه، إذ تلك المدَّة مظنَّة الاطِّلاع والرضى إلى آخر كلامه.

ثانيها، أن الأطباء شَهِدوا بأن ما بالأَمَة منتشِرٌ في بدَنها، وهو بها أقدمُ من أمد التبايع الذي هو منتصف رجب، فيكون المشتري وقتَ الإشهاد الذي هو ستة عِشر من ذي الحجَّة مطَّلِعا على ذلك العيبِ، إذ الفرض أنه منتشر، ومع ذلك أُشهد على نفسه بالرضَى. وقد نص الإمام ابن الحاج عن أبي زمَنَين : أن من اشترى شيئا وأشهد على نفسه أنه قلَّب ورضِي، ثم وجد عيبا ظاهرا لا يخفى عند التقليب لزمه، ولا ردَّ له. (هـ). وقول الأطباء وهو مما يخفى على المشتري، يعني وقت عقد الشراء اللساني الذي هو منتصف رجب لا وقت الإشهاد، لئلا يناقض قولهم أولا : منتشر في بدنها، لقرب تاريخ الإشهاد من تاريخ الموجب.

ثالثها، الطول الذي بين الاطّلاع على العيب والقيام به، إذ بينهما أكثر من شهرين، وذلك مانع من القيام. وفي التحفة :

والمشترِي الشَّيءَ وَبعْدُ يطلع به عَلى عَيْبٍ قيامُهُ مُنِعَ

إلا مع الفور. قال في البهجة : يمتنع قيامه بالعيب إذا تصرف وسكت مدَّة تدل على الرضى كاليومين ونحوهما من غير عذر، والله أعلم. محمد المامون بن رشيد العراقي الحسني كان الله له وغفر له.

وسئلت عمَّن اشترى عبدا على البراءة، وبمجرد شرائه بنحو اليوم أبَق منه، وشهدتْ له بينتان أنه كان آبِقا عند البائع، وكل من اشتراه يردُّه عليه لأجْل ذلك، والبائعُ المذكور عالم بإباقِه.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بالبينتين العدلية واللفيف أن العبد أبَق من المشتري بمجرد شرائه، وأن شأنه هو الإباق، والبائع عالم بذلك...الخ. فلا شك أن البائع مدلِس حيث كتم ذلك عن المشتري، ولم يبينه له في وقت العقد حتى يدخل على ذلك، وعليه فيُحكَمُ عليه بردِّ ما قبضه من الثمن للمشتري، وينفسخ البيع إن لم يرض المشتري به. قال الحطاب، نقلا عن أبي الحسن في شرحه لقول المختصر : «إلا أن يهلك بعيب التدليس»، ما نصه : بل يضمن إذا أبَق فغاب، عرف هلاكه أم لا ؟ وهو بيِّنٌ في الأمهات، ولفْظُهَا : أو أبَق فلم يرجعْ. واختصرها ابن يونس بقوله : «فهلك أو ذهب فلم يرجع». وظاهر الأمهات أنه بنفس إباقِه يضمنه. (هـ).

قلت : وصرح بذلك ابن رُشد ونصه : وإذا دلس بإباق فأبَقَ العبد ولم يرجع، كان على البائع أن يرد الثمن ويطلب عبده. (هـ). وصرح بذلك أيضا اللخمي في تبصرته، فقال : وإن دلس بالإباق فَأبَقَ رجع بجميع الثمن بنفس إبَاقِه وإن كان حيا، وعلى بائعه أن يطلبَهُ، وكذلك إن مات. ثم قال بعد كلام : لأنه بنفس الإبَاق وجب رجوع الثمن، لأنه الوجه الذي دلس به، وذهب به من يد مشتريه. (هـ) ومثْله في الزرقاني، أنظره. ولا يفيد الاحتجاج بما في وثيقة الشراء من

البراءة، (أي من العيوب) شيئا، لأنها إنما تفيد فيما لم يعلمه البائع، وأما ما علِمَه ودلّسَ به كما هنا فلا، لقول المختصر : وإذا علِمَه، بيّن أنه به. وقال الشيخ بناني في حواشيه بالمحل المذكور نقلا عن ابن عرفة ما نصه : ولا يرد في بيع البراءة بما يظهر من عيب قديم إلا ببينة أن البائع كان عالما، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وأجبت عن معارضة هذه الفتوى بما نصه :

الحمد لله، من المعلوم المقَرَّرِ أن بيع البراءة في الرقيق لا يُقام فيه بالعيب القديم، حيث لم يَثْبتْ علم البائع بالعيب قبل البيع، وأما لو ثبت علمهُ كما هنا فإنه يرد عليه بجميع العيوب. قال ابن سلَمون : حكم بيع البراءة أنه إن اطّلع المشتري على عيب في المبيع، فإن أقر به البائع أو علِم به قبل البيع رجع به وانفسخ البيع، وإن لم يكن علم به حلف على ذلك ولزم المشتري. (هـ). ونظَمَهُ في التحفة فقال :

والفَسخُ إنْ عَيْبٌ بدَا من حُكمه   مَع اعتِرافِ أو ثبُوتِ عِلمه

وقال الشيخ بناني في حواشيه نقلا عن ابن عرفة ما نصه : ولا يُردُّ في عيب البراءة بما يَظهَر من عيب قديم إلا ببينة أن البائع كان عالما به. وقال شارح العمل الفاسي : لا رجوع للمشتري على البائع بما يطّلع عليه بعدُ من العيوب القديمة، حيث كان البائع جاهلا بها وقت البيع، إذ في ذلك تنفع البراءة، وأما ما علمِه فيجب عليه أن يعينه للمشتري حين الشراء ولا يحمله له، وإلّا لم تنفعه البراءة. وإذا تقرر هذا فنقول : حيث ثبَتَ ببينتَيْ اللفيف والعدول أن البائع كان عالما بإباق العبد قبل بيعه ولم يذكره جملة ولا تفصيلا للمشتري، فإن له رَدّه عليه وقَبْضَ ثمنه منه بلا إشكال، وأما البينة الشاهدة بأن الوصيف فُلان مُنذ مَلكَهُ سَيده وهو ملازم لطاعته لم يَفِرّ له حتى خرج عن مِلْكِه ببيعه لغيره... الخ، فغير معتَبَرة، لأنها ليس فيها تعيين ولا وصف لهذا العبد، هل هو المبيع لهذا المشتري أو غيرُه سِيَمَا والرجل من شأنه التجارة في الرقيق، ويُقَوِّي أنه غيرُه، إضافتُهم البيعَ لسيده مع أن الذي باعه للمشتري هو نائبه، وعلى تسليم أنهم صرَّحوا بتعيينه

ووصْفِه فلا يفيد شيئا، لأن قولهم لم يفد...الخ. نفيٌ، ومن أثبت شيئا أولَى ممن نفاه كما اتفق عليه الفقهاء والأصوليون. قال سيدي يوسف الفاسي في شرح التثبيت، راداً على الشاطبي ما نصه : قد ذكر العلماء في الأصول في وجوه الترجيح أن المثْبِتَ مُقدَّمٌ على النافي، لأن معه زيادةَ عِلم، ومَنْ حَفِظ حجَّةٌ على من لم يَحْفظْ. (هـ). وقال الشيخ الرهوني نقلا عن القرافي : لأن القائل بالشرعية مثْبِت لأمر لم يطَّلع عليه النافي، والمثْبِت مُقدَّم كتَعارُض البينتين. (هـ). وأيضا ما شهدتْ به هذه البينة من كونِه منذ اشتراه سيده، وهو ملازم لطاعته لم يفرّ منه، مع كونه باتَ ليلة فقط عند المشتري وهربَ، بعيد جدا، إذ لو كان كذلك عند البائع لم يفر من المشتري بالعيب حتى تطول المدَّة. وقد نصوا على بطلان الشهادة بالاستبعاد حسبما في المختصر وغيرِه. وأمّا ما أطال به المفتي الأول من كون بيع البراءة إنما يُرَدُّ فيه بالعيوب الأربعة، فَمَوضوعٌ في غير محله، لأن موضوعه إذا لم يثبت علم البائع، وهنا قد ثبت علمه به ببينتين، والله أعلم. قالهُ عبدُ ربه تعالى المهدي لطف الله به.

ووقع السؤال عن أمَة بيعت على البراءة فمرضت عند المشتري، فتوجه إليها عن إذن من يجب، طبيبانِ، فشهدا بأن بها الجُذري منتشرا ببدنها، وهذا النوع من الجُذري يُعرَف بالرصاصي لأنه مملوء بمادَّة سودوية (أيْ دم أسود)، وهذا النوع من أنواع الجُذام...الخ. ثم ماتت من الجُذري المذكور. فهل للمشتري الرجوع على البائع أم لا ؟

الجواب : الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم،

وبعد، فالموجب أعلاه باطل لا يجدي نفعا ولا يُقْضَى به شرعا.

أما أولا فلأن الجُذري ليس من العيوب الأربعة التي جرى بها العمل بالرد بها، أعني الجنون والجُذام والبرص والحمْل، فإنه لما قال في نظم العمل الفاسي :

ومُنِعَ الإشهادُ في بيع الرقيقِ   إلا على براءة كما يَليقُ
وعُهْدةُ الثلاثِ والسنةِ في   بيع الرقيق تَرْكُهَا لا يختفي

كتب عليه شارحه العلّامة الرباطي ما نصه : قال الفقيه أبو حفص سيدي عمر الفاسي في شرح قول اللّامية : وعهدة مملوك...الخ. « قد جرى العمل بترك القيام في الرقيق بالعيب القديم لِإطِّراد العادة عندهم بالبيع على البراءة. قال : والذي نعرف من ذلك أنهم لا يرجعون إلا بالحمل والبرص والجنون إن ثبت قِدمها على تاريخ البيع، أما عُهدة الثلاث وعهدة السنة فلم يَجْرِ بهما عُرف عندهم أصلا. (هـ). وقال في البهجة : والذي عليه عملهم اليومَ في حدود الخمسين بعد الألف والمائتين، أن البراءة معمول بها فيما عَدَا عيوباً أربعة : الجنون والجُذام والبرص والحمل، فإذا اطَّلع المشتري على قِدَمِ واحدٍ من هذه الأربعة فإنه يرجع به. (هـ). فهذه نصوص الأئمة، وليس في شيء منها ذكر الجُذري، فهو مما تشمله البراءة لا محالة. وأما قول الطبيب في الموجب أعلاه أن هذا النوع من الجُذري من أنواع الجُذام، ومادَّتُه مصحوبة بها من الصغر، فهو من السفاسِف الباطلة التي لا تقوم للطّالب بها حجَّة، وذلك من وجهين :

أحدهما أن ما ذكره من النوعية غير مُسَلَّم لا من جهة الطب ولا من جهة العُرف. أما من جهة الطب، فهذا رئيس الأطباء وإِمَامُهم وَمَن إلَيْه في هذه الصناعة المفْزَع، الشيخ داوود الأنطاكي، قد أشبع الكلام في كل من الداءين في كتابه التَّذكرة، وفي كتاب النزهَة، ولم يذكر هذه النوعية أصلا، بل كلامه قاض بالمباينة بينهما، وكذا لم يذكر ذلك الشيخ ابراهيم ابن أبي بكر الأزرق في كتابه « تسهيل المنافع »، ولا الإمام الذهبي في « كتاب الطب النبوي »، ولا الإمام الشعراني في كتابه « اختصار تذكرة السويدي »، ولا الغليوبي في كتابه « التذكرة »، ولا الصبيري في « اختصار كتاب الرحمة ». على أن المشاهدة كافية، فإنَّا نراهما مختلفيْن ذاتا وصفة وتأثيرا وإقامة وانتقالا، وأما من جهة العُرف فإنا لا نرى أحدا من الناس يعتقد أن الجُذري هو الجُذام أو من أنواعه، أو يتوهم ذلك أو يَنْفِر منه نُفورَه من الجُذام، أو يستعظم المصاب به مثل ما يستعظم المصاب بالجُذام، فعلى فرض عَدِّه نوعا عند الأطباء، فالعُرف الذي عليه قرار ما جرى به العمل في الأمور الأربعة لا يعده نوعا ولا يحكم له بحكم الجُذام أصلا، لكونه أهْوَنَ منه وأخفّ وأسرع انتقالا، والله تعالى أعلم. وكتبه محمد بن محمد

الصنهاجي وفقه الله بمنه.

الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله،

وبعد، فما أفتى به المفتي أعلاه صحيح، وما جلبه من كلام العلّامة الرباطي وصاحبِ البهجة هو كذلك فيهما بالنص الصريح، إذْ العمل إنما جرى في البيع على البراءة في بيع الرقيق فيما عدَا العيوبَ الأربعة : الجنون والبرص والجُذام والحمل، ومَا عداها فلا، وهذا لا يكاد يخفى على صغار أهل العلم، فضلا عمَّن مارس النوازل وحصل له فيها غايةُ الإدراك والفهم، وأما الجُذري فلم يذكره أحد منها ولا عرَّجَ عليه، أما شهادة الطبِيب بأنه نوع من الجُذام فأمرٌ لا تسعُه الأفهام، ولا تساعد على رقمه الأقلام، فاستبعادُه لا يخفى، ومواده لا تكاد تُصْفَى، ومن عاين أهل العاهات ظهر له أن الجُذري عارٍ عن تلك الأمارات، وأدرك بالحس الفرقَ بين الْمَقَامات، نسأل الله العفو والمعافاة. وكتبه، موافِقاً، خليلُ بن صالح الخالدي الحسني، وفقه الله.

الحمد لله وحده، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم،

وبعد، فما سطره المفتي أعلاه صحيح، وما جلب من الفقه في عين النازلة صريح، لأن العمل إنما جرى في بيع الرقيق على البراءة بالرد بالعيوب الأربعة حسبما هو معلوم مقرَّر في غير ما دِيوان، ولم يُعَرِّجْ أحد على ذِكْرِ الجُذري. وأما قول الطبيب أن الجُذري نوع من الجُذام فهي دعوى خالية عن الدَّليل بلا نزاع ولا كلام، لإطباق كلمة علماء هذا الشأن على الفرق بينهما والمباينةِ حسبما دلَّ على ذلك تعاريفُهم، وفيما جلبه المفتي أعلاه من كلامهم كفايةٌ، لأن الزيادة على ذلك تطويل من غير تعويل، والله يقول الحق وهو يَهْدي السبيل. وكتبه موافقا، عبيدُ ربه وأسِيرُ كسبه، إدريسُ بن محمد بُوعبيد لطف الله به.

الحمد لله، والصلاة والسلام على مولانا رسول الله،

وبعد، فما أفتى به المفتي الأول، وصححه المفتيان أعلاه صحيح، إذ إفرادُهم كُلًّا من الجُذام والجُذري بالذِكر في غير ما موضع، كتعدادهم العلل

السبعة التي جرت عادةُ الله تعالى بالعَدَاءِ فيها في الغالب، وذكروا منها الجُذام على حِدَتِه والجُذري على حِدَتِه، يدل على تباينهما، وكذا ما أبطل به دعوى الطبيب قِدَمَ مادَّة الجُذرِي بالأَمَة المحدِّثِ عنها، والنقلُ الذي جلبه على عدم الرد بعد السكوت أكثرَ مِن اليومين، كلُّهُ في غاية التحقيق والوضوح، والله أعلم. وكتبه موافقا، عُبَيْدُ الله سبحانه، محمد بن الطاهر بناني وفقه الله.

الحمد لله، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما،

وبعد، فلا زائدَ على ما أوضحه في النازلة المفتي الأول، فعلى ما حرَّره في ذلك يكون المعول. وأما ما فَاهَ به الطبيب ولم يُراعِ فيه عتيدا ولا رقيباً واستهْوَنَ شناعته في جَلْب النقوذ، واستصغر في ذلك مقابلته بالإعراض والصدود، فممَّا يكذبه العِيَان ويشهد عليه الشرع والطب والعرف بالبيْنِ والبهتان، فلا ينبغي لما ولّاه الله الأمرَ أن يسكت على هذا الافتيات، وَيَعده على صاحبه من الهفوات، وإلا لاتَّسَعَ الخرْقُ على الرَّاقِع، وعاد المتـ ـتمع أشدّ من الواقع، وانقلبت الحقائق عِيانا، ووجد المِلدونَ للباطل أعوانا، فيجِب حسم هذه المادَّة والمعاملة بالجادة، وكفى في إبطال ما للطبيب ما ساقه المفتي الأول من كلام أهل هذا الشأن، وأوضحه بالدليل والبرهان، وليس بعد العيان من بيان. على أنه يكفي في إبطال حجَّة القائم وعدم سماع دعواه من غير نزاعٍ سكوتُه ما يقرب من نصف شهر بعد الاطّلاع. وفي التحفة :

والمشتري الشَّيْءَ وبعدُ يَطلع فيه على عَيْبٍ قيامُه منِع
إلا مع الفور ومهْما استعملا بعد اطلاعه المعيبَ بَطَلا

ثم فيه (أي في الموجب أعلاه) شيء آخر يوجب سقوطه أيضا، وهو أنه بشاهد واحد وهو لا يكفي على ما جرى به العمل. قال في البهجة : ذكر ناظم عمل فاس في شرحه (أي العمل بعدم الاكتفاء بواحد في القاسِم والمخبِر عن قِدَم العيب وحدوثه، فانظره. (هـ). وما لناظم العمل ذكره في شرح قوله :

واختصَّ عدلٌ بالشهادة على أربابِ الأبصار كما قدِ انجلا

بعد أن ذكر أربابَ البصر المبينين للعيب في الرقيق والرِّباع والجنايات، والعارفين بالقيَم، والقاسمين للمياه، والحاكِمين بالجدار بين رجلين ونصه :

والجاري لوقتنا عدمُ الاكتفاء بواحد في جميعها، والعملُ بإثنين لا أقل. ورأيت في رسم بزمن القاضي سيدي عبد الواحد الونشريسي، مؤرِّخ بعام خمسين وتسعمائة، الاكتفاء بأربعة، وسماهم : محمد بن لحسن بن المحجوب، والحاج أحمد بن علي الغازي، وفرج بن مفرج البناني، وأحمد بن محمد بن حمو البناني. (هـ)، نقله شارحه العلّامة الرباطي وسلمه، وكذا نقله عند قوله : كذلك في محتمل الشهادة، وسلمه أيضا. وما أحق هذا الزمنَ الغريب. الذي رقّت فيه الديانة وتساقَطَ جل ناسيه في مهاوي الخيانة، بهذا العمل، على أنه إنما يخِفُّ الأمر معه بالجملة، تأمل ذلك كله، والله سبحانه وتعالى أعلم. وكتبه عبد ربه عبد الرحمان بن محمد الجزنائي أحضري لطف الله به.

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد رسول الله وعلى آله،

بيْعُ البراءة المعهودة في بيع الرقيق التي انعقد عليها البيعُ بين المتبايعين حسبما صدْرَه، هو أن يشترط البائع علي المشتري أن لا يرجع عليه بعيب قديم يظهر بالمبيع لا عِلم للبائع به، والمعمولُ به أنها تنفعه فيما عَدَا عيوبا أربعة : الجنون، والجُذام، والبرص، والحمل، فهذه الأربعة، للمشتري الرَّد إذا اطَّلع على واحد منها بالمبيع وأنه قديم، ولو اشترى على البراءة، وما عداها لا قيام له به، حيث اشترى على البراءة، وبه يتبين أن الجُذري لا قيام للمشتري به لأنه أمر حادث، ولأنه ليس بواحد من العيوب الأربعة. والقولُ بأن الجُذري نوع من الجُذام، تمجُّه الأسماع وتُنكره العوائد والطباع، ولم نرَ أحدا من القضاة رأى لحوقه به، ولا بلَغَنَا عن أحد أنه عوَّل عليه في حكمه، والله أعلم. محمد المأمون بن رشيد العراقي الحسني كان الله له وغفر له.

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا إلى يوم الدين.

وبعد، فإن من المقرر المعلومِ الذي شاع وذاع، وتقرر في الأذهان والأسماع، أن البراءة المعهودة في بيع الرقيق أن يلتزم المشتري عدَم القيام بعيب يجده في الرقيق المشتَرى قديما، عَدَا العيوب الأربعة : الجُذام، والبرص، والجنون، والحمل، وبذلك العملُ منذ سنين خَوَالٍ، وعليه فقيام هذا القائمِ في النازلة بالجُذري الذي اثبته بالطبيب الواحد لا يجدي، وإلى سبيل الصواب لا يَهْدي، لما فيه من فتح أبواب الشغب والخصومة على المسلمين، اللتين سعى الأئمة رضوان الله عليهم في غلقهما منذ سنين، فكيف يُلتَفَتُ إلى قوله أو يجاب عمَّا هو من فظيع جهْله، فكفانا ما عليه العمل عن التكلُّف للتعرض لداء الجُذري المعروف عند صغار الوِلدان وعامَّة النساء والرجال مباينته للجُذام، ولذلك بنى الأئمة الأحكام على الجُذام من كونه عيبا يوجِب الخيار لأحد الزوجين، ويُمنَعُ المجذوم من وطء إمَائِه فضلا عن نسائه، كما في مختصر خ وغيره، ومن حضوره في الجمعة والجماعة، ويجب تنحيته حيث اشتد. خ : «ومجذوم إلا أن يشتد فلينح» ولم يقولوا شيئا من ذلك في الجُذري، فدلَّ ذلك على أنه لا يحكم للجُذري بحكم الجُذام، فإذن الطبيبُ إنما يعتسف بجهله غياهب الظلام، أوفاق بما جاء به هؤلاء الأئمة الأعلام :

فيخسأ .الذي للغيِّ يبغني توصلا

ليس هذا بعشك فادرجي

وبالله سبحانه التوفيق. قاله وكتبه عبد ربه العبَّاس بن أحمد التازي، لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، لا مزيد على ما سطَّره الفقهاء الأعلام من عدم رد الرقيق بالجُذري في بيع البراءة ولو قبل انقضاء العام. وما زعمه المتطبب من أن الجُذري نوع من الجُذام مجرد افتراء منه، وتَقَوُّل ومجازفةُ كلامٍ، يُنهَى عن العَوْدِ إلى مثله، وإلا فيزجر وَيُلام، وفيما نقوله كفاية وإتمام، وعليه يوافق عبد ربه تعالى المهدي الوزاني والسلام. (هـ).

وأجبت عن معارضة هذه الفتاوَى المتقدمة، الناقضة ما قاله المتطبب الجهول، أن الجُذري نوع من الجُذام بما نصه :

الحمد لله، من المعلوم الذي لم يخْفَ حتى على أصاغر الولدان أن الجُذري مغاير للجُذام، وليس هو نوعا منه بالتحقيق لا بالبهتان. وقد اتفق على المغايرة بينهما علماء التوحيد والأطباء، ونص على المغايرة بينهما أيضا الفقهاء. قال الإمام الأبِيّ، نقلا عن الطيبي في تفسير قوله ﷺ : لَا عَدْوَى ولا طِيرَةَ...الخ الحديث ما نصه : والأطِباء يجعلون ذلك في سبع عِلَلٍ : الجُذام، والجرب، والجُذري، والحصبة، والبَخَر والرمَد والأمراض الوبائية، وحمل الأكثرُ الحديثَ على إبطال العَدَاء من أصله. (هـ). فأنت ترى الأطباء يجعلون الأمراض التي تُعْدِي سبعة، وعطفوا الجُذري على الجُذام، والعطف يقتضي المغايرة، ولو كان الجُذري نوعا منه لم تكن سبعة بل ستة فقط، ولم يصح العطف. وصرح غير واحد من شرَّاح المرشد المعين بأن الأنبياء عليهم الصلاة والسلام قد يمرضون بالجُذري، ولا يجوز أن يمرضوا بالجُذام، فلو كان نوعاً منه لم يصح هذا الكلام. ففي حواشي الشيخ الرهوني على قول المختصر في الجنائز كمجذورٍ ما نصه في شرح المرشد المعين الكبير للشيخ ميارة عن شيخه الإمامِ العارف بالله أبي زيد الفاسي ما نصه : وأما أيُّوبُ عليه السلام، فرُوِيَ أنه أول من أصابه الجُذري، ولم يكن مرضُه جُذاما لتنزه الأنبياء عن ذلك كما تقرر وعُلِمَ. (هـ). وأما الفقهاء فنصوا في باب الخيار : أن من تزوج امرأة فإذا هي مجذومة فله ردها، وإن أصابها الجُذري فلا كلام له فيها، وهذا من الضروريات التي لا تحتاج إلى برهان، وعليه، فَحَيْثُ ظهر أن الجُذري ليس من الجُذام، وجَبَ طرح تلك الشهادة بلا كلام لأمور :

أولها، أنه لا داعي إلى شهادته، لكون الجُذري معروفا عند الناس حتى العامَّةِ، أنه ليس من الجُذام بالضرورة، فلا حاجة إلى شهادته، لقول المختصَر : وقُبِلَ للتعذر غير عدول وإنْ مُشرِكين، أيْ محلُّ قَبولهم حيث يتعذر الأمْرُ ولا يوجَد من يَعرف المشهود به سواهم، والأمر هنا بالعكس.

ثانيها، أن محل قَبول شهادته ما لم يظهر كذِبه، وإلا فلا تقبلُ باتفاق، لأن عدل الرواية لا بد من سلامته من تهمة الكذب.

ثالثها، أنه لا بد من العدالة حيث كانت الشهادة بعد موت الحيوان، ولا تكفي المعرفة، ولا بد أيضا من التعدد ولا تكفي الوَحْدة، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت عمَّن اشترى دارا له ولزوجته على أن له الخمُسَ، ولزوجته أربعة أخماسها، ثم بعد مدةٍ أثبت المشتري المذكور أن في الدار المذكورة عيوبا وهي أن الجِدار الموالي للمحجَّة مَعِيبٌ تَدَاعَى للسقوط، والجِدار الموالي للمسجد كذلك وهي مُبَطنة.

فأجاب : البائع المذكور بأن البيع كان وقع بينهما على يد فُلان وفُلان، وأنه كان أسقط عن المشتري المذكور خمسين ريالا من الثمن، لئلا يدخل إلى الدار أربابُ البصر، وذلك إنما هوَ للعيب الذي يوجد فيها لو دخل إليها أرباب البصر، ثم أثبت البائع أيضا بستة من اللفيف أنهم سمعوا من المشتري المذكور أنه رضي كوْنَ الدار المذكورة مَعيبة مخربة، ودخل على ذلك ورضِيَه...الخ.

فأجبت : الحمد لله، المقررُ في المختصر وشروحِه، والتحفةِ وشروحها : أن عيوب الأصل من الدُورِ وغيرها ثلاثة أنواع، وذلك أن ما بيع منها وظهر فهو عيب عند المشتري، خفِيَ عليه وقت انعقاد البيع، إن كان لا يؤَثِر في الثمن فلا يُرَدُّ به المبيع ولا يُرجَع فيه بقيمة العيب لعدم خلو المبيعات غالبا عن مثله فيُلغى ويُغتَفَرُ، وإن كان مؤثرا ينقصُ دون الثلث من القيمة اعتُبر فيقوَّم المِلْكُ معيبا وسالما، ويرجع المبتاع بنسبة ما بين القيمتين من الثمن، ويسمى هذا النوعُ عيْبَ القيمة وإن كان مؤثرا ينقص من الثمن الثلث فما زاد، فهو عيبُ الرَّدِ، فيرد إلى بائعه ويرجع الثمن للمبتاع، وإلى هذه الأقسام أشار في التحفة بقوله :

وَمَا مِنَ الأصول بِيعَ وظهَرَ ... للمشتري عيبٌ به كان استَتَرَ
فإنْ يكن ليس له تأثيرٌ ... في ثمنٍ فخطبُـــــهُ يسير

إلى أن قال :

وإن يكن لنقصِ ثُلْثِهِ اقتضى ... فما علا فالرَّدَّ حتم بالقَضَا

لكن جرى عمل فاس بأن المتوسِط يُلْحَق بالكثير، ونظَمه أبو زيد الفاسي بقوله :

وبالكثير، المتوسِّطُ لَحِـق فيما من العيب، الأصولُ قد يحِق

وذكر هذا العملَ الشيخُ بناني في حاشيته، والشيخُ التَّاودي في شرح التحفة. قال التسولي : ولم يزَلْ العمل به إلى الآن. (هـ). فإذا تقرر هذا ظهر أن للمشتري المذكور ردُّ الدار المذكورة، فالعيوب القديمة التي وجدها بها إما على أنها من الكثير فالأمر واضح، وإما على أنها متوسطة فإنها تلحق بالكثير، على المعمول به. وأما ما أجاب به البائع من أنه كان أسقط خمسين ريالا من الثمَن لئلّا يدخل اليها أرباب البصَر، فلا يفيده شيئا، لأن ما ذكره لا يمنع من الرَّد إن كان في أصل العقد. نعَمْ يُوجب فساد البيع إن كان بعد العقد. قال الزرقاني في شرح المختصر : وأما التَّبري من العيب أو الاستحقاق في غير الرقيق فلا ينفع مطلقا وله القيام به. (هـ). وقال الشيخ ميارة في شرح تكميل المنهج : من اشترى دارا أو غيرها وأشهدَ أنه لا يرجع على البائع بعيب يجده فلا يخلو، أما أن يكون في عقد الشراء أو بعده، فإن كان في عقد الشراء فهو من بيع البراءة، وفيه للشيوخ طرق مشتملة على أقوالٍ مشهورُها أنه لا ينفع إلا في الرقيق، وأما في غير الرقيق فلا ينفع، وللمشتري الرَّدُّ إن وجد عيبا، والبيع صحيح والشرط باطل. وإن كان الإشهاد بعد عقد البيع وانبرامِه، فإن كان على أنْ حَطَّ له البائع شيئا من الثمن فذلك ممنوع لأنه عوَض عن مجهول، وللبائع الرجوع بما حطَّ له، وللمشتري الرَّد إن وجد عيبا وإن كان من غير حطٍّ بجائز، وكأنه من باب هبة المجهول أو من العيب الذي جهِله المتبايعان. (هـ). ونحْوُهُ في التزامات الحطَّاب، ونقله الشيخ بناني في حاشيته أيضا. وقال الشيخ التَّاودي في أجوبته بعد كلام : وهذا كله إذا لم يكن للبائع علم بالغيب، وأما ما علمه وكتَمه فلا تنفعُهُ فيه البراءةُ باتفاق. (هـ). هذا كله على ثبوت ما ادَّعاه كما يجب، لأن رسم البيع خالٍ مما ذكره، فإن لم يثبته فلا التفات لقوله أصلا، وأمَّا ما شهد به اللفيف من أن المشتري رضي بالدار معيبة مخربة، فلا يفيد شيئا أيضا. أما أولًا، فإن هذا المشتري

ليس له في الدار إلا ثمان موزونات، فلزوجته رد ثمان أواقي، فإن كان هذا المشتري قبلَها لنفسه وزوجته بالوكالة التي بيده عنها، فلا يخفى أنه معزول عن هذا القبول، لأنه ليس بمصلحة. وفي أجوبة الشيخ التَّاودي عن نحو المسألة ما نصه : فما كان للوكيل أن يقطع حق مُوكِّله بإقرارٍ باطلٍ، هو عنه معزول. (هـ). وأما ثانيا، فإن الرضى بعيب بحمل لا يلزم حتى يعينه البائع، لقول المختصر. وإذا عِلمه بيَّن أنه به ووصفَه له وأراه إيَّاه ولم يحمله. وفي أجوبة الشيخ التَّاودي، أنه سئل عن امرأة باعتْ داراً بالصفَّارين لرجل، وحين انعقد البيع بينهما وأدى لها جميع الثمن الواقع به البيع أعلمتِه أنها على السقوط قفَّة من التراب، فدخل على ذلك ورضيه.

فأجاب : الحمد لله، إعلام المشتري حين انعقاد البيع ودفع الثمن، أن الدار على السقوط وأنها قفَّة من تراب، صريحٌ في أنه شرط عليه ذلك، فدخل عليه ورضيه كما في الرسم أعلاه، وذلك من الغرر والجهل الذي لا يجوز، فلا يجوز هذا البيع لأجله، وللمشتري ردهُ، والله أعلم. قاله محمد التَّاودي. وتقيد تحته : الحمد لِلهِ، النازلة أعلاهُ من ناحية شرَط البائع في عقد البيع على المشتري أن لا يردهُ عليه بعيب أصلا، فالشرط باطل والبيع صحيح، وللمشتري القيام بالعيب. وتذكر قول المتن : وإن لا عُهدة. وقد ذكر الحطَّاب المسألة في التزاماته، وابن سَلَمون، ونظمها الشيخ ميارة في تكميله حيث قال :

فإنْ يكُن شرط بعقد البيع   براءة فاردد بِكُلِّ نَوع

قال الإمام الحطَّاب في خاتمة كتابه المسمى بتحرير الكلام في مسائل الالتزام، في آخر القسم الرابع من أقسام الشروط المتعلقة بالبيع :

الفرع التاسع : إذا اشترط البائع على المشتري في عقدة البيع أن لا يرد المبيع بما يظهر فيه من العيوب القديمة، فإن البيع صحيح ويبطل الشرط، ثم قال : وعلى اشتراط ذلك في عقد البيع يحمل قول ابن سلمون : وإنْ التزم المشتري أن لا يقوم بعَيْب فلا يلزمه ذلك وله القيام به إذا وجد عيبا. (هـ) والله أعلم. وكتب عبد الكريم بن قاسم اليازغي خار الله له. (هـ).

فكتب أيضا تحته الشيخ التَّاودي :

الحمد لله، مسألة الالتزام وما ذكر معها، صورتها شرط البائع أن لا يرد عليه بِعَيْبٍ يظهر، وهي من باب بيع البراءة. ومن المعلوم أنها لا تنفع إلا في الرقيق بالشرطين، ومسألتنا صرَّح فيها بالسقوط، وأجمله غاية الاجمال وكثرة، حتى جعلها قفَّة من تراب، فهو كقولهم : أبيعك لحما على باريم. وعلى كل حال، فللمشتري الرد أو عليه، لأنه من بيْع الغرر، ولا يبرأ البائع منه بالقول المذكور، والله أعلم. وكتب محمد التَّاودي تغمده الله برحمته. (هـ). قاله وكتبه المهدي بن محمد العمراني لطف الله به.

وسئل الشيخ الرهوني عمَّن اشترى دار الحومة، وخاصة إحدى حومات مدينة الرباط مجاورة لحوانيت الحدَّادين، وبقي بها نحو نصف شهر، والآن قام على بائعها منه يريد فسخ البيع المذكور، مدَّعيا عليه أن غبار الحدَّادين المعروف عند العامة بسيسك، تجلبه الرياح إلى الدار المذكورة، فينزل بوسطها وداخل بيوتها ويُسَوِد ما بها من فُرش وحوائج وغير ذلك، وأقام بيِّنة على جميع ما ادَّعاه، فادَّعى عليه البائع المذكور بأن دُورَ الحومة المذكورة وجميع الدور من غيرها المجاورة للحدَّادين كلها معلومة عند الناس بكون الرياح تجلب الغبار المذكور إليها، وكل من اشترى داراً بذلك الموضع فإنه داخل على ذلك، لمَا تقرر عند الناس من جَلْبِه إليها لقربه منها، وأنه رأى ذلك لما أراد شراءها ودخلها ليقلبها، وأن ذلك غير خاف على أحد، وأقام بيِّنة على مجموع ما ادَّعى، فهل القول في ذلك قول المشتري ويردها على بائعها أو القول قول البائع، فلا سبيلَ للمشتري إلى ما أراد، أجِبْنَا والمولى يعرفك به.

فأجاب : الحمد لله، إن ثبت ما ادَّعاه البائع فلا قيام للمشتري، لأن من جملة شروط القيام بالعيب أن لا يكون ظاهرا جليا، لا يخفى على أحد حين التَّقليب، والله أعلم. (هـ).

وسئلت عن رجل باع داراً وذكر أن فيها عيب كذا وكذا، فقبلها المشتري كذلك، فلمَّا دخل إليها وجد فيها عيوبا أخرى لم يذكرها البائع له وأثبتها بأرباب البصر، فأراد أن يردَّها على البائع، وأبى البائع أن يردَّها، وأراد الرجوع عليه بالقيمة.

فأجبت : الحمد لله وحده، المشهور عند العلماء أن العيب المتوسط في الدار لا يوجب الرَّد للمشتري، وإنما له قيمة العيب فقط، كما قاله في المختصر : ورجع بقيمته كصدْع جدار لم يَخَفْ عليها منه، ونظمه في التحفة : بِقوله :

وإن يَكُـن ينـقص بَعْض الثَّمـن كَالعَـيب عَن صَدْع جِدَار بَين
فالمشتـري لهُ الرجـوع ها هُنـا بقيمَـة العَـيب الـذي تعَيَّنـا

لكنْ الذِي جَرَى به عمل فاس على ما قاله ابن سودة : أن المتوسط يُلْحَق بالكثير، ونظَمَه العلّامةُ أبو زيد الفاسي بقوله :

وبالكَـثير المتَـوسطُ لحِـق فيما من العيب الأصولَ قد يحق

وعليه، فالمشتري بالخيار، إمَّا أن يتمسك ولا شيء له، وإما أن يرد ويقبض ثمنه. قال الشيخ التَّاودي في شرح ابن عاصم، بعد أن ذكر عن الشيخ ميارة إن عمل فاس على فتوى ابن الحاج ما نصه، ونقله عنه في شرح العمليات. ثم قال : وقال شيخنا ابن سودة : ليس بهذا الحكمُ عندنا بفاس، ولكِنَّا نلحقُ المتوسطَ بالكثير فلا يغتفر إلا القليلُ كالشرافات. قال المحشي (أي أبو علي بن رحَّال) : وما قاله ابن سودة صحيح، فإن الباجي حكَى عن بعض الأندلسيين، أن العيب اليسير في الدُّور تُرَدُّ به كغيرها من المبيعات. وذكره ابن الحاجب وابن عرفة وغيرهما. وقال المازري : أنه مقتضى القياس، أيْ فإنما للمشتري أن يرد بالعيب أو يتمسك، وليس له أن يرجع بقيمة العيبْ. (هـ). وقد اعترض أيضا سيدي عمر في شرح التحفة كلام ميارة المذكور. فتبيَّن من هذا أن الذي به عمل فاس على ما قالهِ القاضي ابن سودة وتلميذه أبو زيد الفاسي هو إلحاق المتوسط بالكثير. قال التسولي : ولا زال العمل على ما لابن سودة إلى الآن. (هـ)، وهو الذي رجَّحه أبو علي أيضا. وظاهر كلام الشيخ التَّاودي اعتمادُه، وأن ما حكاه ميارةُ من العمل منسوخ، على ما قاله ابن سودة ومن تبعه، ومعترض على ما ذكره أبو حفص، والله أعلم، وقال الشيخ ميارة في شرح قول الزقاقية : فمن ذاك عيب الربْع يكتَب في الشراء. إن العمل كان قديما على أن نسطر العيوب كلها في وثيقة الشراء ثم يدخل المشتري عليها. والعمل في وقته أن المشتري بعد تمام البيع يتطوع بأن لا يرجع

بعيب يجده في الدار كيف ما كان. وهذا الوجه أحسن، لأنه لا يبقى للمشتري قيام بعيب، بخلاف الوجه الأول، فإن له القيام إن ظهر عيب من غير ما دخل عليه. (هـ) منه باختصار. والحاصل أن قبوله لبعض العيوب المعيِّنة لا يَمنع من قيامه بعيوب أخرى لم يطَّلع عليها ولم تُبيَّنْ له، بل له القيام بها، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي العمراني لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، من المقرر المعلوم أن عيوب الدَّار ثلاثة : عيب يسير، ومتوسط، وكثير، وأن كل واحد منها له حكم يخصه : فاليسير كسقوط شرافات ونحوها من كل ما لا يؤثر في الثمن، فلا عبرة به ولا رجوع بأرشه، ولا يوجب فسخا للمبيع، بل هو والعدمُ سواءٌ. وفي التحفة :

فإن يكُـــنْ ليْسَ لَه تأثير   في ثَمـــنٍ فخَطْبُـــه يسِير
وَلَا لِمَـــنْ صَار لَه المبيـــعُ   ردٌّ ولا بقيمَةٍ رجُوعُ. اهـــ

وأما المتوسط كصدع جِدَار ليس وجه الدار ولا يخاف عليها منه السقوط، فالمشهور أنه يرجع فيه بأرش العيب كما في المختصَر والتحفة وغيرهما. وأما الكثير فيثبت به الرَّد للمشتري قطعا، كما في كتب النوازل والأحكام. وهذا التقسيم مع حكمه نقله صاحبُ التوضيح والقلشاني عن عبد الحق، والموَّاق والشيخ ميارة في شرح التحفة، عن المتيطي، وابنُ سلمون عن ابن فتحُون، وذكره ابن سهل أيضا، ولكن الذي جرى به العمل هو ما أفتى به القاضي ابن سودة من كون المتوسط مُلْحَقا بالكثير، في أن الكل يوجب الخيار للمشتري، إن شاء أن يرد المبيع فله ذلك، وإن شاء أن يتماسك فلا أرش له، ونص ما نقله عنه تلميذه العلّامة أبو زيد الفاسي في شرح عملياته. وقال شيخنا أبو عبد الله بن سودة : ليس بهذَا الحكمُ عندنا بفاس، ولكننا نُلْحِق المتوسط بالكثير فلا يُغتَفَرُ إلا القليلُ كالشرافات يجدها متهدمة. (هـ). ونظَمَه في العمليات بقوله :

وبالكـــثير المتـــوَسط لحق   فيما من العيب الأصولَ قد يحق.

وما قاله القاضي ابن سودة من الرَّد بالمتوسط هو الذي اختاره أبو علي بن رحَّال في حواشي شرح التحفة، وكذا الشيخ التَّاودي في شرحها، وبه العمل إلى الآن، وإن كان العلّامة الرهوني رجح ما لميَّارة من فتوى ابن الحاج، لكنه لم يتابَعْ على ذلك. والحاصل

أن العيوب المذكورة التي اطَّلع عليها المشتري بعد الشراء، فإن كانت كَثيرة، وهو الظاهر من تعدادها أعلاه، فللمشتري الرَّد قطعا ولا كلام ولا إشكال، وإن كانتْ من المتوسط على سبيل الفرض فله الرَّد بها أيضا على ما استقر عليه العمل، والكلام في النازلة طويل الذيل، وفيما سُطِّر كفاية. وقيده لسائله الفقيرُ الفاني محمدُ بن التهامي الوزاني كان الله له ولوالديه ولمتعلقاته، آمين.

وسئلت عمَّن اشترى أَمَةً بالبراءة وحازها نحو الثمانية أيام ثم أثبت أنها مريضة بالحمَّى والجنب العنتري، وأنه ينشأ عن ذلك مرض السل، فهل له ردها بهذه العيوب أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، لا ردَّ للمشتري بالعيب الذي يجده في الرقيق حيث كان العيب على البراءة، سواء كان العيب قديما أو حادثا، لأن معنى البراءة هو التزام المشتري عدم المطالبة بعيب قديم أو مشكوك، وإنما تنفع في الرقيق خاصة، قاله الزرقاني : إلا أن يثبت بالبينة الشرعية أن البائع كان عالما بالعيب وقت البيع أو قبله، وكتمه حين البيع فيفسخ البيع حينئذ، وإلا فيحلف البائع أنه ما يعلم بالمبيع عيبا أصْلا، وإلَّا رد عليه، والله أعلم. وظهر بهذا أنه حيث لم يكن عند هذا المشتري بيِّنةٌ على علم البائع، فالواجب له شرعا هو اليمين لا غير، ولا تنقلب، لأنها يمينُ تهمة. قال ابن سلمون : حكم بيع البراءة إذا اطَّلع المشتري على عيب، فإن أقر البائع أو أثبت علمه به قبل البيع رجع به، وإن لم يعلم حلف المشتري. (هـ). ونظمه في التحفة، أنظره، والله أعلم. وقيده المهدي لطف الله به.

نـوازل الغبـــن

في نوازل سيدي عبد القادر الفاسي ما نصه : المسألة السَّادسة عشْرةَ، يظهر من قول ابن عاصم :

وبيع مَا يُجْهَل ذاتاً بالرضى   بالثَّمن الغَالي أو البخس مضى

أن لا رجوع ــ لأحد المتبايِعين ــ بِغَبْنٍ ولو ظهر، وقوله :

ومَنْ بِغَبْنٍ في مبيع قَامَا   الأبيـــات الثلاثـــة...الخ.

صريح في القيام بالغبن، فما الجواب عن معارضة نقليه ؟ وجوابها : أنهما مسألتان متباينتان منصوصتان معا. إحداهما، أن يقع الجهل بالذات، والأخرى أن يقع الجهل بالقيمة. والأولى مسألة الغلَط، والثانية مسألة الغبْن. وفي المختصر : ولم يُرَدَّ بغلط إن سمي بإسمه، ولا بغبن ولو خالَفَ العادة.

وسئلت عن مسألة المحجور إذا قام واستحقَّ ما كان باعه عليه وصيه من الرّبْع في شركة الغير، وكان شريكه باع نصيبه أيضا بعد بيع الوصي، هل له شفعة فيما كان باعه شريكه أم لا ؟ سواء قام واستحقَّ بالغبن أو بغيره من الموجبات. جوابا شافيا. (هـ).

فأجبت : الحمد لله، قال الحطَّاب : والمردود بالغَبن إنما يرجع لمالكه بملك مستأنَف لا على المِلْك الأول، فإن كان المردود حصَّة فلا شفعة لمنِ رجعت له حصَّته فيما باع شريكه بعدَ بيْع الغبن وقَبْلَ نقضه، ولا لشريكه شفعةٌ أيضا فيما رجع لمالكه، وإن قلنا بملك مستأنف، إذ ليس ببيع محض إذ هو ما تراضى عليه المتبايعان، والمأخوذ منه الحصَّة مغلوب على إخراجها من يده. (هـ)، وفيه كفاية. وانظر شرح تكميل المنهج في قوله :

والرَّد بَعْدَ الغبْن مِلْكٌ مؤتنَفْ   لا شفْعَةٌ في الجانبيْن تُؤْتَنَفْ

وانظر أيضا شرَّاح التحفة في آخر فصل الغبن وشرح العمل الفاسي، والمطلق عند الكلام على الغبن، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلتُ عن امرأة متزوجة تملك نصف دار فقط باعته بثلاثة عشر ريالا، وقد كانت باعت النصف الأول فيها بثمانين ريالا، فقام زوجها يريد إبطال بيعها، لما فيه من المحاباة بأكثر من ثلثها، فهل له ذلك أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، حيث حَابَتْ المرأة المذكورة بأكثرَ من ثلثها، فللزوج رد الجميع، فإذا ردَّه بطل البيع المذكور والشفعة المبنية عليه، لأن مُضِيَّ بيعها على الوجه المذكور متوقف على إجازته، فحيث انتفت كان بيعها والشفعة المبنية عليه كالعدَم. وبنقل كلام العلماء يظهر الحق وينتفي الباطل. قال في المدونة : فإن حابتْ المرأة أو أعتقت أو تكفَّلت أو تصدَّقت أو صنعت شيئا من المعروف، فإن حمل ذلك ثُلُثها وهي لا يولّى عليها جازَ وإن كَرِه الزوج، وإن جاوزَ الثلثَ فللزوج ردُّ الجميع أو إجازتُه. (هـ). نقله الحطَّاب والموَّاق وغير واحد، وسلّموه، وأشار له المختصر بقوله : «وللزوج رد الجميع إن تبرعت ب زائد (أي على ثلثها). وقال في المنتخَب عن سحنون، قلت له : فما زاد على ثلث مالها من قليل أو كثير لم يَجُزْ منه شيء، قال : نعَمْ، إلا أن تكون الزيادة كالدينار والشيء الخفيف ممَّا يُعْلَمُ أنها لم تُرِدْ به الضررَ فإنه يَمضي، وهو قول مالك. (هـ). على أن العاقدَيْن هنا متفقان على أنَ البيع إنما هُوَ صوري، والحقيقة هو السلف للثمن، ولكن كتبناه بصورة البيع كي لا تماطِل المرأة لأنها معلومة بالرّدِّ، ويصدق ما اتفقا عليه من السلف هنا البخس المتفاحش، إذ محال في العادة أن يباع النصف الأول بثمانين ريالا والنصف الثاني بثلاثة عشر ريالا من غير تهدُّم فيها ولا كساد سومها. ولذا قال في الفائق : إن ادَّعى المعترف بالقبض أنه لم يقبض وتمسك الدَّافع بظاهر الوثيقة، فالقول ها هنا قول المعترف أنه لم يقبض، لشهادة العُرف له، ولا ينبغي أن يختلف فيه، وإنما يختلف هل بيمين أو لا ؟. فانظر كيف اعتمد العُرف وقدَّمه على شهادة العدلين، فكذا يقال هنا. وكذا قال في المِعيار :

سئل ابن رشد عما يكتب من الشروط على الطوع، والعُرف يقتضي شرطيتها في العقد.

فأجاب :إذا اقتضى العُرف شرطيتها فهي محمولة على ذلك ولا ينظر لكَتْبها

على الطَّوع لأن الكتَّاب يتساهلون. (هـ). وعليه فلا مطمع للمشتري ولا للشفيع في ذلك النصف المبيع، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي العمراني لطف الله به.

وسئل العلّامة سيدي عبد الرحمان الحائك التطواني عمَّن التزم أن لا يقوم بغبن ثم قام به.

فأجاب : أنه لا قيام له به لما التزمه فيه، لأنه كالواهِب لما غبن فيه كما في الْأبِّي عن عياض، لأنه من بَابِ إسقاط الحق بعد وجوبه، نظير ما قاله الحطَّاب في التزامه، مستظهرا له فيمن أسقط القيام بعيب يظهر في المبيع، وبه أجاب القوري كما في نوازل المعاوضات من المعيار قائلا : وقد صرح بذلك الفقيه الشهير ابن الحاج، سِيَمَا إن ثبتت الشهادة كما في المعيار عن الفقيه بركات الباروني. ونصُّ جوابه : أما ما بيع بالمزايدة فلا يتصوَّر فيه غبن، وكذا غيره في معروف المذهب، ولا بيعُ الاستيمَان، وفيه ورد الحديث : ومشهر سلعته لا غبن فيه، وشهادة من عرضت عليه جائزة، والله أعلم. (هـ). وإليه يرجع ما في المجالس عن ابن عرفة. (هـ).

وسئلت أيضا مِن وزَّان عمَّن باع بلدا بعد المناداة عليها بستين ريالا، ثم بعد البيع جاء من يزيده فيها نحو الأربعين ريالا، فأراد البائع القيام على المشتري قبل مضي السنة، وأثبت أنه جاهل بعدلَيْن، فرفع المشتري أمره لبعض المفتين، فأفتاه بقول التسولي نقلا عن الفقيه الباروني : أما بيْع المزايدة فلا يتصوَّر فيه غبن، وكذلك غيره في معروف المذهب، ولا بيع الاستيمَان، وفيه ورد الحديث، ومشهر سلعته لا غبن فيه، وشهادةُ من عُرِضَتْ عليه جائزة. (هـ). فقوله : لا يتصور فيه غبن، يعني اتفاقا، بدليل قوله : «وكذلك غيره في معروف المذهب»، لأنه إنما حكى الخلاف في غيره وهو المساومة. وبالجملة فهذه الفتوى جارية في بيع المساومة على المشهور وفي الاستيمَان على ظاهر ما لابن عبد السلام، والمقصود منها أن بيع المزايدة لا يتصوَّر فيه غبن، وما ذلك إلا لكون قيمته هي ما وقفت عليه، ولا سيما في الأصول بعد المناداةِ عليها الشهرَ والشهرين، خلافا لما في الكرَّاس

الثاني عشر من المعيار عن ابْن البراء من أن الغائب له القيام بالغبن إذا أثبته. وإذا علمتَ هذا بطل ما يفعله أرْبَابُ البصر من شهادتهم بالغبن في الدُّورِ والأجنَّاتُ التي وقع النداء عليها الشهر والشهرين ونحو ذلك.

فأجبت : الحمد لله، المشهورُ في المذهب عدمُ القيام بالغبن، كما قال في المختصر : «ولا بِغَبْنٍ ولو خالف العادة. (هـ)، إلا في بيع الاسترسال والاستيمَان، ولهذا قال الحطَّاب في شرح المختصَر بعدَ نُقُولٍ : فتحصّل من هذا أن القيام بالغبن في بيع الاستيمَان والاسترسال هو المذهب، وأنه لا يقام به في غيره، إما اتفاقا أو على المشهور، فلو قال المصنف : ولا بغبن ولو خالف العادة، إلا الاسترسال لكان مقتصِرا على الراجح من المذهب، والله أعلم. (هـ). لكن قال المتيطي : قال بعض البغداديين : إن زاد المشتري في المبيع على قيمتهِ الثلثَ فأكثرَ فُسِخ البيع، وكذلك إن باع بنقصان الثلث من قيمته فأعلى، قاله القاضي ابن محمد وغيره. قال : والأصل في هَذَا أنْ يُنظرَ إِلَى الْمدَّعي الجهل، فإن كان معروفا بذلك اجتهد الحاكم له. (هـ). وبهذا جرى العمل، كما قاله أبو زيد الفاسي في عملياته :

وَيُفسَخُ البيْعُ ولَو ما بَقيا مِن قيمةٍ من مشتريهِ استُوفيا

وكما قاله أيضا في العمل المطْلَق :

أفتَى بذلك ابن لُبّ ونَقَلْ أنّ بهِ للقرطُبيينَ العمَلْ

ونص ابن الناظم :

سئل الأستاذ أبو سعيد بْن لُب رحمه الله عن رجل وامرأة تعاوضا في عقار ووقع بينهما الإشهاد، ثم ادَّعت المرأة الغبْنَ وهو غبن فاحش.

فأجاب : الخلاف في الغبن في البيوع معلوم، واختار بعض المتأخرين أن يُثْبِتَ المغبون في نفسه أنه ممَّن يخدع مثله في البيع والشراء في مثل ذلك المبيع لعدم معرفته بذلك، ولجهله بِالقِيَمِ والأثمان، فإن ثبت له ذلك رجع وإلا فلا. وبهذا كان العمل عند القرطبيين. (هـ) ونقله اليزناسني أيضا. ثم قال : قلت : هذا العمل جارٍ

بخلاف قول خليل : ولا بغبن ولو خالف العادة ، فليتنبَّه الحاكم لما في كتب الاحكام، فإنها المعوَّل علَيْها. (هـ).

وقال الشيخ بناني أيضا : بهذا أفتى المازَري وابنُ عرفة والبرزلي وابن لب، ونظمه في التحفة. قلت : والعمَل به مستمِر عندنا، والله أعلم. (هـ). وتكلم على بيع الغبن أيضا الشيخ ميارة في تكميل المنهج وشرحه، والمكناسي في مَجالسه، ولم يفصلا بين بيع المساومة والمزايدة، وكذلك شرَّاح التحفة وحواشيها، وشرَّاح العمل الفاسي، وشرحُ المطلَق، لم يفصلوا أيضا، بل وقع التصريح بالقيام بالغبن في بيع المزايدة. قال ابن عرفه : قال ابن عاتٍ عن المشاور : إن أكرى ناظر الحُبس على يد القاضي ربْع الحبُس بعد النداء عليه والاستقصاء، ثم جاءت زيادة، لم يكن له نقض الكراء ولا قبول الزيادة إلا أن يثبت بالبينة أن في الكراء غبنا على الحبُس فتقبل الزيادة ولو ممَّن كان حاضرا، أنظر شرَّاح الزقاقية. ونقل في المعيار أيضا عن ابن البراء : أن الغائب له القيام بالغبن إذا أثبته. (هـ). ومن المقرَّرِ المعلوم أن بيع مال الغائب لا يصح بدون مناداة عليه. ونقله في نوازل الأُحباس من المعيار أيضا عن سيدي ابراهيم اليزناسني، انظر نصه في شرح الزقاقية للشيخ ميارة عند قوله : وعند كراء الوقف. وزَعْمُ التسولي أن بيع المزايدة لا يُقَام فيه بالغبن اتفاقا، مستدلا بما نقله عن الباروني، غير صحيح.

أما أولا، فإنه أخطأ في فهم كلام الباروني لأن قوله على المذهب، يرجع لما قبله من بيع المساومة والمزايدة، لا للمساومة فقط، ليوافق كلام غيره من العلماء، فإن التوفيق بين كلام الأئمة مطلوب ما أمكن إليه سبيل.

وأما ثانيا، فإنه لو فرضنا أن الباروني نفسه صرح بالاتفاق لم يُعَدَّ شيئا، لما علمت أن نصوص العلماء بين صريح وظاهر، متفقة على أنه لا فرق بينهما. وقد صرح ابن رُشد وهو من الأئمة الأكابر : بأنه لا يُقامُ في بيع المساومة بالغبن اتفاقا، ومع ذلك جرى العمل بالقيام به فيه، فأحرى الباروني. قال الحطَّاب : قال ابن رُشد : في هذا ما يدل على أن لا قيام في بيع المكايسة بالغبن، ولا أعلَمُ في المذهب في ذلك نصٌّ خِلافٍ. (هـ)، وكرره مرتين، فانظره. وأما ثالثا، فكون بيع المزايدة لا غبن فيه على زعمه، مبنيٌّ على فهمه أن قيمة الشيء هي ما وقف عليه من الثمن بعد المناداة عليه ،

فبنى عليه أنه لا يتصور فيه غبن وهو فهم غير صحيح، بل قيمة الشيء هي ما يقوِّمه به أهل المعرفة به وهي تابعة لصفته، فإن كانت جيدة كثرت القيمة، وإن كانت رديئة حطَّت. وقد ذكروا هذا في باب السَّلَم عند قول المختصَر : «وإن تبين صفاته التي تختلف بها القيمة». وقد ذكر التسولي بنفسه ما يناقض هذا في موضعين أو أكثر، فقال عند قوله :

وبَيْــعُ مِلْكِ لقضاء دَيــــن قد أجَّلوا فيــه إلى شهريــن

ما نصه : ثم إذا انقضى الشهران فإنه يباع عليه ولو لم يبلغ القيمة، لأنه غاية المقدور، كما لابن مَحْرَزٍ. (هـ). وقال أيضا على قوله :

بحسب المال لِمَا القاضِي يَرَى ... البـــــــيت.

ما نصه : وقد تقدّم أنه إذا انقضى الشهران يباع ولو لم يبلغ القيمة لأنه غاية المقدور، وكذا قال ابن رُشد : فأنت تراه بعد التسويف والمناداة عليه شهرين جعله لم يبلغ القيمة. ونسبه أولا لابن محرز، وثانيا لابن رشد، ثم خالف ذلك كله من عند نفسه في فصْل الغبن، وجعل قيمته هي ما وقف عليه في الشهرين، وبنى عليه عدم القيام بالغبن. وقد علمت أن هذا كله تفَقُّهٌ منهُ مخالف للأئمة، فهو غير معتَبَرٌ. وأما رابعا، فإن ما نقله عن الباروني من أنه لا يقام بالغبن في بيع الاستيمَان مخالِف للإجماع. قال ابن رُشد : القِيام بالغبن في بيع الاستيمَان والاسترسال واجب بإجماع، نقله الموَّاق. وقال المتيطي : القيام بالغبن في البيع والشراء إذا كان على وجه الاسترسال سائغ بإجماع، لقول رسول الله ﷺ : غبن المسترسل ظُلْم. (هـ). ونحوه في الحطَّاب معترضا على السَّائل، وفي الشيخ مصطفى معترِضا على التتائي، وفي الشيخ بناني، وسلمه الرهوني، والله أعلم.

فتبين من هذا أن الاعتماد على كلام التسولي في هذه القضية غير صواب، وأنه من الخطإ بلا شك ولا ارتيابِ. وأن صواب قوله : ولا بيع الاستيمَان، إلا بيع الاستيمَان بإلَّا التي هي حرف استثناء. ثم بعد مدة رأيته بخط الفقيه المحقق النوازلي سيدي العربي الزرهوني بإلَّا كما ظهر لي، فلله الحمد، والله تعالى أعلم بالصواب. قاله وكتبه المهدي العمراني لطف الله به آمين. (هـ).

وسئل قاضي الجماعة أبو عبد الله المجَّاصي عن رَبْع خَرِبٍ باعه صاحب الموارث بخمسمائة أوقية من غير سمسرة ولا تقويم شيوخ النَّظر، ثم بعد ذلك أعطاه فيه رجل ستمـائة أوقية وسبعا وستين أوقية، وبعد ذلك أعطى فيه رجل آخر ألف أوقية. فهل سيدي يرجع فيه بالغبن أو لا ؟

فأجاب : أن من ناب عن غيره لا يتصرف إلا بالمصلحة الراجحة، وإذا باع بغبن ولو بدون الثلث فإنه مردود اتفاقا. قاله ابن عبد البر، والله تعالى أعلم. وعَقِبَه بخطِّ قاضي الجماعة أيضا سيدي محمد الفلالي : الجواب أعلاه صحيح، ولا مزيد عليه، والله أعلم، وبعده بخط أبي عبد الله سيدي محمد بن الولي الصالح سيدي عبد القادر الفاسي : ما ذكر في الجواب أعلاه صحيح، والله أعلم. (هـ). قلت : هذا ظاهر، لأن الغبْنَ إنما يشترط فيه الثلث في حق الرشيد يبيع مال نفسه، وأما السفيه يبيع عنه وصيه فله القيام ولو بَعْدَ السنة، ولو لم يبلغ الغبنُ الثلثَ، وكذا الموكِّل يبيع عنه الوكيل، لكن لا بد من تقييد الغبن مطلقا بكونه مما لا يتغابن الناس بمثله. قال أبو عمر : اتفقوا أن النائب عن غيره في بيع أو شراء من وكيل ووصي إذا باع أو اشترى فِيمَا يتغابن الناس بمثله أنه مردود. (هـ) من نوازل الشريف العلمي. لكن قوله : فله القيام ولو بعْدَ السنة، إنما يكون له القيام بالغبن المذكور إذا لم يَمرّ عليه سنة من يوم رشده، ولم يَفُتْ بيد المشتري وَإلَّا فلا. ففي نوازل الشريف العلمي عن قاضي الجماعة سيدي محمد بن علي الفلالي ما نصه : ونؤكد على متَوَلي فهم النازلة أن يمعن النظر فيها ويتثبَّت جهده، وينظر إلى أنه إن فات هذا المبيع ولو تبيَّن فيه الغبن المتفاحش الذي يقام به في بيع الأب، فلا رجوع بعد الفوات، إنما ينقض ما لم يفُتْ، قاله ابن رُشد. قال : وحيث يفوت ، فالقيمة تكمل على المشتري، فإن تقرَّر تكميلها فعلى النَّاظر للمحجور أبا أو غيره، وليتحفَّظ على عدم نقض العقود ما استطاع، فإنه لا ينبغي أن ينتقض إلَّا بالأمر البيِّن، سِيَمَا بيع الأب فلا يُنقَض بحال، إلا أن يتبيَّن ما ذكره من الغبن المتفاحش جدّاً. قاله ابن عبد السلام، وسلمه الحطَّاب، وكذلك في التوضيح وغيره، كالشامل وغيرِه. وكتب محمد بْنُ علي.

وأجاب عقبه قاضي الجماعة شيخنا المجّاصي : أن سكوت المنوب عنها بعد الرشد، وما يقوم مقامه على المشترى، السَّنَةَ فأكثر عن القيام بالغبن، قاطِعٌ لحجّتها حيث لا مانع، ومع استصحاب الحِجْر فلها الرُّجوع بتمام القيمة على المشتري إن فاتَ المبيع على المشهور، ولا شك أن الفَرَسَ العظيم المؤونَةِ يفيت البيع الفاسد فأحرى الغبن، ولا نزاع في صحته، فإن تعذَّر الرجوع على المشتري، فعلى البائع لتفريطه. ولا سبيل إلى النقض إلَّا إن اتفق العقلاء أن مثل هذا لا يباع لغبطةٍ، وأن تفويته من سوء النظر وإن كان أبا، بغير عدم الطول والفوات كما أسلفناه، ولو خرجتْ عن يد المشتري بِبَيْع لكان أُحرويا بعدم النقض لتعلق حق الغير. وكتب محمد بن الحسن المجّاصي كان الله له. (هـ).

ويفهم من هذا أن أخذ الشفيع الشِقْصَ بالشفعة من يد المشتري مانع من القيام فيه بالغبن، لأن الأخذ بالشفعة بيع على المشهور، وعليه، إذا وقع فإنما للبائع الرُّجوع بتمام القيمة على المشتري، ولا سبيل له إلى فسخ البيع بحال، وانظره. ثم قال بعد هذا، نقلا عن شيخ المشايخ سيدي عبد القادر الفاسي ما نصه : بيْعُ المحجور غير لازم، لأن من شرطه الرشدَ والطَّوع، وقد عُدِم هنا شرط الرشد وانضاف إلى ذلك عُدِم الطَّوع لما ذكر في السؤال، فكان للفسخ سببان، وإذا ثبت القهر والضَّرر للزوجة، كما في شهادة البيِّنة بذلك، واستمر ذلك إلى حين مخالفتها، رد الزوج ما وقع به الخلع، وأما الأصول المبيعة للزوج بضغطه وإكراهه، فإنها هاهنا قد وقع تفويتها بالبيع والرَّفع في الصلح معاوضة، والبيع من أسباب الفَوت المانع من الرَّد، لأن البيع الصحيح الثاني يفيت البيع الفاسد الأول. (هـ).

وهاهنا فـروع :

الأول، لا فرق في القيام بالغبن بين بيع المساومة والمزايدة دون بيع الصفقة فلا قيام فيه بالغبن على ما ذكره صاحب العمل الفاسي بقوله : والغبن فيها ليس ذا تصوُّرِ.

وأجبتُ في هذه الأيام عن نازلة بما نصُّه :

الحمد لله، ما احتج به المشتري من كَون المبيع وقع في البلاد مزايدةً، لا يفيد شيئا، لأن القيام بالغبن كما يكون في بيع المساومة يكون في بيع المزايدة. وقد صرح بهذا غيرُ واحدٍ من الأئمَّة. فقد نقل شرَّاح الزقاقية عن ابن عرفة أنه قال : قال ابن عاتٍ عن المشاوِر : إنْ أكرى ناظرُ الحبُس على يد القاضي رَبْع الحبُس بعد النداء عليه والاستقصاء، ثم جاءت زيادة، لم يكن له نقض الكراء ولا قبول الزِّيادة، إلَّا أن يثبت بالبيِّنة أن في الكراء غبنا على الحبُسُ، فتُقْبَلُ الزيادة ولو ممَّن كان حاضرا. وكذا نقله أبو علي بن رحَّال في شرحه لقول المختصر : ولم يفسخ كراؤه لزيادة. وفي شرح ميارة للزقاق نقلا عن المعيار ما نصه :

وسئل (أي اليزناسِنِي) عن أرض محبسة على مدرسة إلى نظر رجل يكريها بعد النداء عليها والاشادة على العادة في الأحباس، فنادى على هذه الأرض وغيرها، ووقعت فيها المزايدة إلى أن وقفت بستين دينارا، فأمضى الناظر الكراء فيها، وشهد على إمضائه أحد الشاهدَين المعيَّنين للشهادة في الأحباس، وشرَع المكتري في الحراثة، ثم بعد أيام قام رجل ذكر أنه كان له غرض في الزيادة في تِلك الأرض، ولم يعلم بإمضاء الكراء فيها، وزاد الثلث على العادة في قَبول زيادة الثلث في الأحباس.

فأجاب : الرواية أن لا يفسخ كراء الأوقاف لِزيادة، والوجه في قبول الزيادة أن يثبت الغبن مع تساوي التذكار في الملإ والانصاف، أو يرجح حال الأخير منهما. ونظمه في الزقاقية فقال : وإلَّا فلا، لكن مع الغبن فسخه. بثلث وإنصافهما فيه والملَأ سواء. والثاني يرجح فيهما. وبهذا شرح أيضا سيدي عمر الفاسي كلام التحفة، فقال نقلا عن أجوبة ابن رُشد ما نصه : وكتب إليه رضي الله عنه في مسألة وهي أن رجلين كانت بينهما أملاكٌ مشتركةٌ بنصفين على الإشاعة، فتوفِّي أحدهما وترك بنين صغارا أوصى عليهم وصيا وشرط عليه مشورة رجل سمَّاه، فباع الوصي على الأيتام حظهم من الأملاك بإذن المشاور بما وجب به بيعها عليهم من الشريك فيها، وتضمن عقد البيع جميعَ ما يفتقر إليه البيع من الاجتهاد في التسويق والتقصي في طلب الزيادة والسداد وغير ذلك من الفصول

المحكمة الربط، فكمل للشريك بذلك مِلْكُ جميع الأملاك، ثم إنه باع نصف جميعها على الاشاعة من أجنبي، ثم إن بنت المتوفّى، أحدَ المبيع عليهم رشَدَتْ بعد أعوام، فأثبتت الغبن في بيع تلك الأملاك عليها وعلى إخوتها، وأنها كانت تساوي اليوم الذي باعها الوصي عليها وعليهم أكثر من مِثلي ما باعها به، وذهبت إلى أن تَرجع في حظها من الأملاك بما ثبت في بيعها من الغبن وأن تشفع من الأجنبي.

فأجاب : وإذا كان الأمر على ما وصفته فيه، فالواجب للقائمة أن تنقض البيع في نصف حصَّتها من الأملاك فتأخذه من يد المبتاع من الوصي، ويكون لها عليه في النصف الثاني ما زادت قيمته يوم البيع على الذي وقع به البيع لفواته بالبيع، ولا مدخل في هذا للشفعة بوجه، إلى أن قال : ولا فرق بين الغبن على الأيتام فيما باعه الوصي عليهم وبين الغبن على الرجُلِ فيما باعه على نفسه فيما يوجبه الحكم في ذلك، على القول بوجوب الرجوع بالغبن للرجُلِ فيما غبِن فيه، وبالله التوفيق. انتهى. قال سيدي عمر بعد نقله : وانظر إذا قلنا بوجوب الرجوع بالغبن في حق هذه المرشّدة فينتقض البيع في نصف حصتها لثبوت الغبن كما يجب، فإخوتها بمنزلتها فينبغي أن يقوم لهم الوصي بذلك لثبوت الغبن في حقهم أيضا، فينتقض البيع في نصف حصصهم. وبهذا صرح أيضا القاضي المكناسي في مجالسه فقال : ونقل البرزلي نازلة من هذا المعنى قال فيها : أفتى شيخنا الإمام في زوجة الفقيه البطريني باعتْ زيتونا بحلقة من البائعين عند باب دارها، واجتهد في ذلك السَّمسارُ حتى وقف على آخر زائد فيه، ووصف لها ذلك وانقطعت المزايدة فيه، فباعت وقبضت الثمن، ثم جاءَ مَنْ زَادَها في المبيع على الثمن الذي باعت به زيادةً لها بالٌ، فأفتى بنقض البيع محتجا بأن المرأة لا تعلم حقيقة ما تبيع، إذ لم تشاهد ذلك ولا هناك من يصفه لها صفة تقوم مقام العيان. قال البرزلي : وما أفتى به شيخنا الإمام ظاهر، إلَّا أن تكون قدّمَتْ للبيع بَصيرا عارفا بالمبيع وبما باع، فلا يكون لها مقال بعد ذلك، لأن فعل وكيلها كفعلها. قلت : ظاهر كلام البرزلي أن بيع الوكيل لا يقام فيه بالغبن، ولَيْسَ الأمر كذلك إلا أن يكون مراده بقوله : قدمت للبيع، أن مرادَها بذلك من يصف لها المبيع وصفا يقوم مقام العيان، فهذه لا مقال لها. (هـ).

فهذه نصوص المتأخرين كما، ترى كلُّها مُصرحة بالقيام بالغبن في بيع المزايدة. وقد تكلم على بيع الغبن في التحفة وشروحِها، وفي العمَلِ الفاسي وشروحه، والعمل المطْلَق وشرحه، والعَلَمي في نوازله، والمكناسي في مجالسه، ولم يُفَرِّقوا كلهم بين بيع المزايدة والمساومة، وخالفهم التسولي في شرح التحفة، وزعم أن بيع المزايدة لا قيام فيه بالغبن، مستدلا على ما قاله بقول الفقيه الباروني : أما بيع المزايدة فلا يتصور فيه غبن، وكذلك غيره في معروف المذهب. قال : فقوله لا يتصوَّر فيه غبن يعني اتفاقا، بدليل قوله، وكذلك غيره في معروف المذهب، لأنه إنما حكى الخلاف في غيره وهو المساومة. وهو كما ترى ليس بصريح فيما قاله، إذ يصح رجوع قوله في معروف المذهب للصورتين قبله معا ولا مانع منه. وأيضا، قولُه : فلا يتصوَّر فيه غبن، غيرُ سديد، بل يُتصور فيه عقلا وشرعا كما أفصح بذلك المتأخرون. ولئن سلمنا أن الباروني صرح بالاتفاق، فلا يعمل به، لأن المتأخرين قاطبةً بين صريح وظاهر، متفقون على خلافه. فكيف يُتْرَكُ ما اتفقوا عليه إلى ما لم يقل به أحد، فالاعتماد على كلام التسولي في هذه النازلة لا يجوز بحال لظهور بطلانه، والعِلم كله لله الكبير المتعال.

الثاني : إذا شَهِدت بينة بجهل البائع وأخرى بمعرفته، قدمت بينة المعرفة. وقد كنت سُئلت عمَّن اشترى جزءا في دار بمال كثير فاستشفعه الشريك، فقام البائع وأثبت أن فيه غبنا وأنه جاهل بقيمة الرِّبَاع. فقام الشفيع أيضا وأثبت أن البائع عارف ببيع الأصل ممَّن لا يخدع فيه، وأن قيمة ذلك الجزء هي ما بيع به وأنه كان يسمسره نحو العامين.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بالعدول واللفيف أن البائع لهذا الجزء عَالِم ببيع الأصل وشرائه ممَّن لا يخدع في ذلك، وأنه تكرَّر منه البيع والابتياع في الأصول، وأن ما بيع به هذا الجزء هو ثمنه المعتاد، فلا يسمع لمدَّعي الغبن فيه كلام باتفاق، ولا يُلتفَت إلى ما أراده من فسخ البيع بلا نزاع ولا شقاق. قال ابن سلَمون بعد ذكر وثيقة الغبن ما نصه بيان وفقه، فإن كان القائم بالغبن من أهل المعرفة بتلك السلعة وبسعرها، فإنه لا قيام له بالغبن اتفاقا. (هـ). وفي نوازل

البيوع من المعيار من جواب سيدي ابراهيم العُقباني ما نصه : والمشهور أنْ لا رجوعَ بما بخس فيه، وقيل : يرجع به إذا زاد على الثلث ويفسخ البيع، وهذا إذا لم يكُنْ القائم بالغبن عالما بالسلعة وبسعرها وإلا فلا قيام له باتفاق، ولا قيام بالغبن إلا فيما قَرُبَ كالعام ونحوه. (هـ). وفي نوازل البرزُلي من جواب للإمام المازري ما نصه : أما العارف بالقيم فيما باعه فلا يختلف في إمضائه عليه، لأنه إنما فَعَلَهُ لغرض، وأقلُّ مراتبه أن يكوون كالواهب لمالِهِ، فإن وقع الخصام في هذا القسم فالحكم عليه بالغبن ماضٍ، إلى أن قال : والخلاف في غير البصير يُغْبَنُ غَبْناً فاحشا. (هـ). وقال في التحفة أيضا :

وأن يكـون جاهـلا بما صنـع

ثم قال : وليس للعارف من قيام. قال الشيخ ميارة في شرحه : وأما كون المغبون جاهلا بالقِيَم والأثمان، فنقل الشارح ذلك عن ابن لب : وأنه إن ثبت ذلك رجع وإلا فلا. (هـ). وقال الموَّاق في شرح المختصر : حكى ابن القصَّار أن مذهب مالك رحمه الله، للمغبون الرد إذا كان فاحشا، وهذا إذا كان المغبون جاهلا. وقال في العمل المطْلَق :

يثبت إن رامَ الرجُـوعَ أنـــه في مثـل ذلك المبيـع يُخْـدَعُ
لجهلـــه الأثمانَ ثم يرجــــعُ

ونصوصُ العلماء بهذا كثيرة، وتَتَبُّعها يطول. وأما ما أثبته مريد فسخ البيع من الجهل فلا عبرة به، لأن بينة المعرفة ناقلة، فتُقدَّم على بينة الجهل لأنها مستَصْحبة. قال في الفائق : الناس فيما ادُّعِيَ عليهم علمُه محمولون على الجهل حتى يَثْبت علمهم بذلك، لقوله تعالى :« والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا ». (هـ). وهو صريح في أن الجهل هو الأصل، وعليه فتقدِّمُ بينة المعرفة، لقول المختصر في المرجِّحات :«وبنقل على مستصحبة» (هـ). على أنَّا وإنْ سلَّمنا أنه لا معارض لبينة الجهل، فلا يفسخ البيعُ هنا أصْلا إلا لخروج المبيع من يد المشتري بأخذه بالشفعة، والأخذ بها بيْعُ، لأن الشفيع يدفع للمشتري ثمنه ويكتب عهدته عليه، ويرجع عليه إذا وجد عيبا أو وقع استحقاق. ففي الحطَّاب ما نصه : إذا قلنا بالقيام بالغبن في مسألة

بيع الوصي والوكيل وفي غيره، فهل للقائم نقض البيع أو المطالبة بتكميل الثمن، وكيف لو تصرَّف المبتاع في ذلك ببيع ؟

سئل ابن رشد عن ذلك فأفتى بأن له نقض البيع فيما هو قائم بيد المبتاع لا فِيما باعه المبتاع من ذلك، فإنه يمضي وله فيه فضل قيمته على ثمنه يوم بيعه، إلى أن قال : والقول بأن بيع الغبن يفيته البيع واضح، لأنه إذا فات البيع الفاسد، وقد قيل : إنه ليس ببيع، فأحْرَى بيْعُ الغبن، لأنه لا ينتقض إلا باختيار أحدهما، والبيع الفاسد ينقض جبرا. (هـ). ونظمه الشيخ ميارة في تكميل المنهج بقوله :

ونقْضُه رجُحَ لكن قيِّده بما بقي بيد مبتَاع بَدَا

وفي نوازل الشريف العلمي نقلا عن قاضي الجماعة سيدي محمد بن علي الفلالي ما نصه : ونؤكد على متَولي النازلة أن يمعن النظر فيها ويتَثبت جَهْدَه وينظر إلى أنه، إن فات هذا المبيع — ولو تبين فيه الغبن المتفاحش الذي يقام به في بيع الأب-فلا رجوع بعد الفوات، إنما ينقض ما لم يَفُتْ. قاله ابن رشد، ثم قال : وحيث يفوت، فالقيمة تكمل على المشتري. ومثله في جواب للمجَّاصي قائلا : ولا نزاع في صِحَّته، ومثله في جواب السيد عبد القادر الفاسي، والله أعلم. وأما الفتاوي المسطَّرة بفسخ هذا البيع فلا طائل تحتها إلا التهويل بما ليس عليه تعويل، كما يعلم ممَّا قررناه هنا، والله أعلم.

الثالث : إذا شهدت بينة بأن المبيع قيمتُه عشرةٌ مثلا وأخرى بأن قيمته خمسة عشر أو أكثر، قدمت الثانية على الأولى لأنها زادت كبينة شهدت بأن هذا أخ شقيق للهالك وأخرى أنه لأب، فتقدَّم الأولى، أم شهدت بأن المسروق يساوي ثلاثة دراهم وشهدت أخرى بأنه يساوي دِرهمين وما أشبه ذلك. قال أبو الحسن على قول التهذيب في السرقة : فإن اختلف المقوِّمون، ما نصه اللخمي : اختلفوا، إذا اختلفت في قيمة السرقة فقومت بثلاثة دراهم وقومت بدون ذلك. فقال في الكتاب : يقطع، وقال في مختصَر الوقار : لا يقطع، وهو أبْيَنُ، ولا قطع إلا بأمر لا شك فيه، للحديث الوارد : أدرءوا الحدود بالشبهات، والاختِلَافُ شبهة. وأقام منها ابن القطَّان : أن من اشترى داراً وادَّعى فيها عيبا وأقام بذلك بيِّنة، وأقام البائع

بيِّنة أنه ليس بعيب، أن بيِّنة المشتري أولى لأنها أثبتت حكما. وقال ابن عتاب : هُو تهاتر، ويُقْضَى بالأعدل. وفي سماع عيسى : إذا اجتمع رجلان على القيمة لم يُلْتَفَتْ إلى مَن خالَفهما. ابن رُشد : لو اكتفى الإمام في تقويم السرقة بواحد لَأجزأه. وأما لو ادَّعى أربعة فاختلفوا، فقال الاثنان منهم : قيمتها ثلاثة دراهم، وقال الاثنان : إن قيمتها درهمان، لوجب أن يعمل بشهادة اللذين شهدوا أن قيمتها ثلاثة دراهم، لأنهما أثبتا بشهادتهما حكما نفاه الآخَرانِ، فكان من أثبَتَ حُكماً أولى ممن نفاه، ومثل هذا في المدوَّنة. وانظر الباب الثامن والخمسين من تبصرة ابن فرحون.

الرابع : المعتبَر في نقص الثلث أو زيادتِه هو القيمة لا مجرد الغِبطة بالمبيع ولا قصْدُ الضرر، وعليه فإذا وقع البيع في شيء وقام شخص وزاد الثلث فيه على ما بيع به لغبطته به أو لِقَصد ضرر المشتري، فلا يُلتفتُ إليه، ولكن إذا توجه إليه أرباب البصر وقلَّبوه وشهدوا بأنه ناقص عن ثمنه المعتاد، وأن قيمته أكثر مما وقع به البيع بالثلث فأكثر وأقل كذلك، فله القيام بالغبن، ولا يمين على من شهد له بأنه مغبون، خلافا لمن وهِمَ في ذلك، فتأمله.

الخامس : إذا التزم أن لا يقوم بالغبن ثم قام به فلا يُلتفتُ إليه ويَلزمَه ما التزمه، لأنه كالواهب لما غبن فيه، كما في الأبي عن عياض، لأنه من باب إسقاط الحق بعد وجوبه، نظير ما قاله الحطَّاب في التزاماته مستظهراً له فيمن أسقط القيام بعيب يظهر في المبيع، وبه أجاب القوري، كما في نوازل المعاوضات من المعيار قائلا : وقد صرح بذلك الفقيه الشهيد ابن الحاج. قاله أبو زيد الحائك في أجوبته.

السادس : قال القاضي بردلة في محجور قام بالغبن ما نصه : القيام بالغبن فيما باعه الانسان عن غيره معمول به، لكن مع طول المدَّة هُو ضعيف، لأن الناس، سِيَما العامة يَغْلِب منهم الميل إلى الحالة الراهنة، ويشتبه عليهم حال المدَّة الماضية، سِيما مع طول المدَّة، فإذا كان الشيء في الحال مغتبطا به فربَّما توهَّموا أن الاغتباط فيه قديم، ففتْحُ القيام بالغبن مع طول المدَّة يتَّسع معه الخوف، لكني لم

أقف على النص في عينها، والله أعلم. (هـ).

قال التسولي عقبه : ولَعَمري إن هذا لهو الحق، لأن الغبن إذا كان يُعتَبَر يومَ العقد، ومضت المدَّة المديدة، فكيف يمكنهم الجزم بوجود الغبن وقت العقد، ولا سيما مع قلَّة ديانة أهل البصر في هذا الوقت.

السَّابع : الغبن إنما يعتبر يوم البيع على القول به، فلا يعتبر تغيُّر الأسواق بعد ذلك، وعليه فما وقع في عصرنا هذا في شراء الغلَّة الصيفية، وكذلك شراؤهم ورق التوت، ومن يشتري ذلك، الغالب عليهم أنهم من أهل المعرفة بأثمان ذلك، فحصل كساد كثير أذهب رأس الأموال لأربابها، فقاموا بذلك، فأفتوا بأنهم لا قيام لهم، لأنه ليس بجائحة، ولأن الغبن يعتبر فيه وقتُ العقد، وأن المشتري لذلك من أهل المعرفة. قاله ابن عبد الصادق في شرح المختصر، والله تعالى أعلم.

نــوازل التصـيير والصفقــة

سئلت عمَّن أشهد أنه تجمّعَ تحت يده مال كثير لولديْه الصغيرين من غِلل وأكرية، وأنه صيَّر لهما في ذلك واجبا من داره الكُبرى والصُّغرى المتصلة بها بفاس الساكن بهما، الكائنتيْن بالعقبة الزرقاء، قدْرُه أوقيتان، وثمن أوقية وستَّة أفلُس وكُسُر، وتملّكَ لهما ذلك ورفع يد ملكه ووضع يد الحوز لهما... الخ. ثم بعد مدَّة أيضا أشهد أنه تجمع تحت يده مال آخر لهما وأنه صيَّر لهما فيه موزونة ونصفا من الدَّارين أيضا، ورفع يد ملكه ووضعَ يد الحوز لهما، واستمرَّ ساكنا بهما إلى أن مات... الخ.

فأجبت : الحمد لله، كل من االتصْيير الأول والثاني أعلاه باطل، لفقد الحوز فيهما بالمعاينة، وذلك أن المشهور والمعمول به هو الاكتفاء بالاعتراف بالحوز في التصيير، لكن في غير دار السكنى، أما هي فلا بد من إخلائها وحوزها بالمعاينة كالهبَة والصدقة والحبس سواء. قال الشيخ الرّهُوني في حواشيه بعد كلام في التصيير ما نصه : ما تقدَّم من أن المشهور أنه يثبت الحوز في التَّصيير بالاعتراف، محلّه غير دار السكنى. ففي اختصار المتيطية : إذا قلنا بقول أبي عمران وصير لها في المهد دار سكناه لزمه أن يرتحل عنها حتى تحوزها المرأة بالمعاينة كالصدقة، ثم لها بعد شهر أن تسكن الدَّار مع زوجها ولا يبطل بذلك قبضها، بخلاف الصدقة والهبَة التي يحتاج مع القبض فيها إلى حيازة العام أو العامين على الخلاف في ذلك. (هـ). ونقله أبو علي وغيره، وقَبِلوه. (هـ). وقال أبو العبَّاس الملوي في كتابه التحرير ما نصه : قال في المتيطية : وإن كان الدَّيْنُ مجهولا قدْرُهُ لا يعرفه الأب أو الوصيُّ، وإنما استهلكا له مالًا لم يقفا عليه فتمخيا منه، وصيَّرا له في ذلك داراً أو مِلكاً جاز التَّصيير وصح القبض على ما ذكرناه، مما لم يسكن المصَيّر فيه. (هـ). واختصره ابن هارون، ثم قال بعد كلام ما نصه : علم من كلام المتيطية أن تصييرَ الحاجر لمحجوره تمخيا إنما يصح في غير دار السكنى، لأن دار السكنى لا يصح أن يكون الحاجر فيها قابضا من نفسه لمحجوره، ولذلك قال

في الهبَة في المختصر : ولا إن بقيت عنده إلا لمحجوره إلا ما لا يعرف ولو ختم إلا دار سكناه. وقال أيضا : مسألة، قال في المتيطية : وإذا كان للصغير على أبيه أو وصيه دين، فصيَّرا له فيه مِلكا جاز ذلك إذا كان سدادا ونظرا، ما لم تكن الدَّار في سكناهما. (هـ) أي ويقبض الأب والوصي ذلك الشيء المصَيَّر من نفسه لمحجوره كما هو واضح. وأفصح عنه ميارة، ونحوه في التيسير والتَّسهيل قائلا : إن لم تكن الدار مسكنا له، وقد ذكروا أنه يقبض لمحجوره ما وهبه إلا ما لا يعرف ودار سكناه. (هـ) كلام الملوي. وكلامه يفيد أنه لا بد في تصيير الأب والوصي لمحجورهما دار السكنى من تقديمهما من يَحُوز له، وأن حوزهما لا يكفي في دار السكنى. تأمله، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وأجبت عن فتوييْن في التصيير بما نصه :

الحمد لله، ما سطر في الفتوييْن أعلاه واضح البطلان بحيث لا يختلف فيه إثنان من أصاغر الولدان، لأن ما ذكراه من عدم افتقار التصيير للحوز لكونه بيعا من البيوع، وتصويبَ ابن سهل وشيوخِه لذلك، كلُّه خلاف مذهب الجمهور، وخلاف مذهب المدوَّنة والمعمولِ به والمشهور. ففي مجالس القاضي المكناسي ما نصه : أفتى الفقيه العبدوسي : أنه في التصيير يفتقِر إلى حيازة. قال المتيطي : وبافتقاره إلى الحيازة جرى العمل وهو المشهور من المذهب. (هـ). قال الشيخ الرهوني في حواشيه بعد نقله : ومما أفتى به العبدوسي أفتى العلّامة ابن هلال. وَفي المعيار من جواب سيدي قاسم العُقباني : إن قامت بينة أن الجنَان لم يزَل بيد المصيَّر أو من ينوب عنه، لم يتم التَّصيير على المشهور، وقيل : يتم. (هـ). وفيه أيضا من جواب سيدي مصباح الذي أفتى به الشيخ أبو عمران الفاسي، وذهب إليه أكثر القرويين واتصل به العمل، أن التَّصيير لا يتم إلا بالحوز بإثر العقد وإن تراخى القبض عن ذلك كان بيعا فاسدا. (هـ) إلى أن قال عن صاحب المعيار، قلت : بقول ابن القاسم في هذا المقام جرى عمل الموثِقين والحكَّام، وبه قال أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمان. (هـ). والنصوص بهذا كثيرة يطول بنا جلبها، مع أن كلام ابن سلمون والتحفة وشروحها كافٍ في ذلك. وفي العمليات :

وللحِيازَةِ افتِقَار التَّصيِير وَحَوزه شَهْر وَذَاك تكثِير

وأما ما قالاه من أن الإقرار بالحوز كاف في التصيير على المشهور، فمحلُّهُ في غير دار السكنى كما هنا، وأما هي فلا بد فيها من المعاينة كما في حاشية الشيخ الرهوني، ومثله لابن هِلال في الدُّر النثير، ونصُّه : قلت : صرَّح غير واحد من الموثقين : ابن فتحون والمتيطي وغيرهما أنه إذا كان الدَّيْن لولد صغير أو يتيم، فصيَّرَ للصغير أبوه أو لليتيم وصيه في ذلك أملاكاً فهو جائز إذا لم يكن عليهما فيه غبن ظاهر، وقبضُهما لهما من أنفسهما نافذ إذا لم تكن الدار المصيَّرة دار سكناهما وإلا فلا بد من معاينة البيِّنة للدار فارغة من سكْنى المصيِّر، خالية من ثقله حين التصيير. (هـ). وتقدم نقله أيضا عن أبي العباس الملوي وغيره، وفيه كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

مسألة : قال في نوازل الإقرار من نوازل البرزُلي : وإذا صيَّر الرَّجل لِامرأته فِي كالِئِها أو ديْنٍ يَعلم سببه، نصفَ داره وسكَن معها إلى أن مات فهو تصيير جائز إذا لم يشترط عليها السكنى فيها، وقيل : مردود، والأول أظهر. وأما نقله في التيسير والتسهيل أعقبه بقوله : فتأمله مع ما تقدم من كلام غيره. ولعلَّ ما استظهره ليس بظاهر، إلا أن يقال : إن تصيير النصف ليس كتصيير الدَّار كُلها، لأن حوزها لنصف الدار عسِير، إذ لا يمكن سُكناها منفردة عن زوجها، ولا يتأتى غالبا كراء النصف، ولهذا قيل ما قيل، والله أعلم. (هـ). ولما نقل الموَّاق كلام ابن سهل، المنقولَ في المسألة قبل هذه أعقبه بقوله : قال، (يعني ابن سهل) : أُخِذَ من قول مالك. فيمن وهب أجنبيا جزءاً من ماله مشاعا واعتمر الموهوبُ له مع الواهب، أنه جائز. (هـ) وفيه نظر، لأن الزوجة في مسألة تصيير نصف الدار لها لم تعتمر لنفسها شيئا في الحقيقة، إذ سكناها على زوجها، فكأن الزوج اعتمر الجميع، والله تعالى أعلم.

مسألة، قال في التيسير والتسهيل لمَّا تكلم على مسألة تصيير الزوج لزوجته دار سكناه : ومن هذا الباب ما فعله أهل البادية من تصييرهم لزوجاتهم بيوت الشّعَر في أصدِقَتِهن، ثم يبقى الزوج ساكنا مع الزوجة إلى الممات، فتقومُ هي بذلك التصيير، وكلّ ذلك جهالة واغتباط في ضلالتهم، على أن في فعلهم

ذلك بحثا آخر من جهة أخرى أيضا، وهي أن الزوجة إنما تدخل في حقيقة الأمر على أنها تأخذ البيت الذي يموت فيه الزوج، وأما الموجود الآن عند التصيير فلا عبرة به، وفي هذا من الجهل والغرر ما لا يخفى، والسلام. (هـ) من التحرير للعلّامة سيدي أحمد اليعقوبي المشهور بالملوي. ومنه أيضا، قال في بستان النوازل ما نصه : جوابكم لله عمَّا يُلْفَى بصكوك أصدِقة قوم من التصيير ساعةَ عقْد النكاح، وذلك أنهم حين يريدون إبرامه يسمون في الصداق عينا كأربعين أوقية مثلا، عشرون محتوية على حِلي والعشرون الباقيةُ يصيرون فيها ثلث أرضهم أو نصفها أو نحو ذلك، وتبقى الأرض بيد الزوج كما كانت أول مرة إلى موتٍ أو فراق، ثم إن الزوجة المصيَّر لها تموت طول البقاء، ويقوم ورثتها يطلبون ما صيَّره لها من الأرض ساعة العقد، فيجيبهم الزوج المصَيِّرُ بفساد ذلك التَّصيير أو ورثته، ويحتج عليهم ببقاء ذلك تحت يده إلى موتها. فهل ترون ـــ حفظكم الله، تسمية العين، وجعْلَهم فيها عقارا بالحضرة تصييرا تاما، فيشترط فيه القبض خوفا من الدَّين بِالدَّيْن، أو تلَفُّظُهم بالعين لغوٌ، لكون ما صيَّره هو المدخول عليه أول مرَّة وعليه انعقد نكاحه، وكل ما انعقد عليه لا يفسد بعدم القبض، فليس إذاً هو التصيير المعهود، وفي علمكم شهيد بهذا، من كلام المغربي على المدوَّنة في باب النكاح منها، قال : إن من تزوج امرأة وسمى لها في صداقها عينا أنه يجوز أن يسمي بذلك حِلْياً وغير ذلك، ولا يدخله الدَّين بالدَّين ولا التأخير بأحد الفضتين. قال : وهذا مما يفعله أهل البوادي اليومَ. قال الشيوخ : وذلك جائز على ما هنا. قال : وما في البوادي اليوم هو مدخول عليه بالعادة، فهو كالشرط، فليس هو محل توقف، ونحوُه لأبي الفضل راشد، فأسفر لنا عن مسألتنا بالصحة أو السّقْم، والله يحفظكم من كل ألم، جوابا شافيا.

وجوابه : الحمد لله، لا يسمى تصييرا حتى تتخلد العين دَيْنا في الذمَّة، ثم إنه ينقلها إلى شيء آخر، فيصير حينئذ الدَّين بالدَّين أو غيره. وأما إن لم يقع إلا مجرد تسمية العين من غير تخلد في الدمَّة وقوِّمت تلك السلع عليه، فذلك جائز، وليس ذلك من باب التصيير الموقوف صحَّتُه على مناجزة القبض والحوز، والله أعلم. (هـ).

وهذه النازلة وقع فيها اضطراب بين القاضي سيدي موسى المصيمدي وسيدي محمد بن خجو وسيدي محمد بن عبد الرحمان التجاني الكبير، واختلف فيها قولهم بالمنع والجواز، ورفع صاحب النازلة ما قالوه الي، فلخَّصت قولهم في السؤال أعلاه، ووجهته للفقيه سيدي محمد بن جلال، **فأجاب** بما فوقه. وكتب السؤال والجواب عبد الله بن أحمد بن محمد البعل هداه الله ووفَّقه. (هـ) كلام نوازل البستان. ولمّا نقل ابن هلال في الدّر النثير عن أبي الحسن أن التصيير الواقع في عقد النكاح لا يفتقر إلى حيازة، وإنما يفتقر إليها إذا كان تبرعاً. قال بعد كلام كثير ما نصه : وقول الشيخ رحمه الله إن التصيير الثاني لم يجز فلا يبطل، لأنه في العقد، يريد عقد النكاح، فلا يفتقر إلى حيازة، لأن النكاح في الحقيقة إنما انعقد بتلك الأملاك المصيَّرة، وأما ما سمي من الصداق الذي صيِّر فيه فهو لغو لأنه رياء وسمعة، قاله غير واحد من الموثقين. وقد حكى ابن يونس عن بعض الشيوخ نحوَه، ثم ذكر كلام ابن يونس، وحاصله : أن المعتبر في النكاح هو العرض المسمى آخرا. بخلاف البيع، لأن النكاح يُعلَن فيه ما في السر غيره بخلاف البيع، والله تعالى أعلم لا رَبٍّ غيره. وانظر هل أراد ابن يونس بقوله : بخلاف البيع، أن يشير إلى مسألة من اشترى ثوبا بدارهم مثلا فانتقد غيرها كطعام ثم استحق الثوب، فإن الواجب الرجوع بما وقع العقد عليه وهو الدراهم لا بالطعام المنقود لأنه عقد آخر، كما نص على ذلك ابن القاسم. وليس في المدوَّنة عند الشيخ ما يخالف ذلك إلا ما وقع في كتاب الاستحقاق من المدوَّنة فيمن اشترى بدنانير فدفع عنها دراهم، ثم استحق الشيء المبيعَ، فإنه يرجع بما دفع لا بما عقد، ووجه ذلك أنَّه إذا رجع بما عقد عليه أدى ذلك إلى تأخير الصَّرْف، فتأمله. قال في الشامل : والبيع الفاسد كالاستحقاق فيدفع البائع الثمن الذي وقع عليه البيع. وفي كتاب العيوب من المتيطية أن العيب كذلك، فإذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع وردَّه، رجع على البائع بما وقع العقد عليه لا بما نقده. قال : إلا أن يبيعه عبْدا بدراهم على أن يأخذ بها عرْضا، فيكون كبيعه ابتداء بالعرض، وكذا يرجع بالعرض المدفوع إذا كان أخذه على وجه التحقيق بحيث لا يشبه أن يكون ثمنا للعبد مثل أن يكون ثمنه مائة فيأخذ عنها عرضا يساوي خمسين، فهاهنا إن رد العبدَ رجع بالعرض، فإن

فات فقيمته، ونحوه قول المعيار عن الأبهري : من باع خادما بدنانير، ثم أخذ عنها شعيراً ثم تفاسخا في الخادم، فإنه يرجع بالدنانير، وأخذه الشعير عقد ثان، إلا أن يكون أخذ الشعير على وجه التجاوز والتخفيف، والثمن أكثر في الوقت المأخوذ فيه الشعير، فإنه يرجع بشعير مثله. (هـ). وقد ذكر أيضا فيمن اشترى شِقْصا بمائة درهم ونقد عنها زيتا مثلا، أن الراجح من أقوالٍ خَمسة، وجوبُ الشفعة بما عقد عليه، وهو قول ابن القاسم. قال ابن مرزوق : كما في كتاب الشفعة من المعيار : إلا أن يشترط عند العقد أنه إنما يأخذ في المائة زيت كذا، فلا يكون له الأخذ إلا بالزيت المنقود، كما قال في كتاب الصرف من المدوَّنة. (هـ). فقد ظهر من هذه الأنقال حجةُ ما أجاب به ابن جلال من أنه إذا لم يقع في العقد إلا تسمية العين، والضمائر منعقدة على أن المرأة إنما تأخذ سلعة، فليس ذلك من التصيير في شيء، والعبرة بما اشترط نقده أو بما جرت العادة بنقده، وكان العقد وقع عليه ابتداء، وبه تعلمُ أيضا الحكم فيما جرت به العادة في البادية من أن الرجل يتزوج المرأة بنقد، والعادة عدم دفعه، وإنما يأتي الزوج بكسوة وحِلي ويحسب ذلك من الصداق، فإن النكاح صحيح إذا كان ما يأتي به معروفا لا يختلف، لأن العادة كالشرط، وكأنه تزوجها بتلك الكسوة وذلك الحلي ابتداء.

وقد سئل عن ذلك السيوري مرتين، وفي أحد السؤالين : وربما كانت الكسوة مختلفة والحِلي كذلك.

فأجاب : النكاح فاسد بما وصفت. (هـ). ونقل في المعيار جوابي السيوري وأقرهما، فاغتر بذلك كثير من الطلبة، فجعلوا يفتون بفساد النكاح المذكور مطلقا دون تنبه لقول السائل في أحد السؤالين : وربما كانت الكسوة مختلفة. ولما نقل أبو القاسم البرزلي جواب السيوري، قال عقبه ما نصه : قلت : لأنه فَرَضَ أن ذلك يختلف في الكسوة والحِلي، فلو لم يظهر فيه اختلاف لكان ذلك جائزا إذا كان العرف لا يختلف، كقوله في المدوَّنة : إذا نكحها على شوار بيت جاز إن كان معروفا، وشورة الحاضرة لا تشبه شورة البادية. وما ذكره من الدنانير يزيد ذلك بيانا في الصفة، وعليه نكاح بادية افريقية في زماننا هذا، يعطيها

على أن يكسوها ويدخل بها، فإن كان ذلك معروفا عند كل قوم وعادتهم، فالنكاح جائز وإلا فلا. (هـ). وإلى مسألة النكاح بالشورة أشار في المختصر بقوله : وجاز بشورة. (هـ). ثم نقل البرزلي الجواب الآخر، وقال عليه ما نصه :

قلت : هذا إذا لم يكن معتاداً ما يأتي به الزوج، فإن كان معتادا ولو في صنف من غير ذكر صفتهِ، فإنه صَحيحُ ويقضَى به عند التشاح بالوسط من ذلك الصنف ما يقابل ذلك الصنف، ويكون أيضا ما يقابل من النقد معلوما، وقد مَرَّ من هذا المعنى ما يؤيده في مسألة الشورة . وما ذكره البرزلي رحمه الله تعالى وإيانا، من صحة النكاح إذا كان ما يأتي به الزوج من الشورة معروفا بالعادة. به أفتى أبو الفضل راشد، وسلّمه تلميذه أبو الحسن، وأفتى به شيخنا أبو عبد الله بن سودة محتجّاً بمسألة الشورة. وأخبِرت أن سيدي الحسن بن رحّال أفتى بذلك أيضا، وكذا أفتى به سيدي التهامي بوخارق. ومما يؤيد ما تقدم من أنهما إذا تعاقدا على شيء، والمقصود بالشرط والعادة دفع غيره، فكأنهما تعاقدا على ذلك المقصود، ولا عبرة بما سمَّياهُ على ما في نوازل البيوع من البرزلي : فيمن سمى في البيع دنانير، والمقصود صرفها دراهم، أنه يقضَى بالدراهم. وفيه أيضا : أنه إذا باعه بجزء من دنانير إلى أجل ودخل على أن يعطيه فضة، قدْرُها كذا، جاز ذلك، ويكون كالتعامل بالفضَّة لا بالذهب. وقد نص عليه أواخرَ صَرْفِ المدوَّنة، وفيه عن ابن عرفة فيمن باع بستين درهما فأراد المشتري أن يدفع له ذهبا فامتنع من ذلك، أنه يقضَى عليه بقبض الذهب، قائِلا المعتبر في ستين درهما العُرف، وعرْف اليوم الذهبُ ما لم يكن شرطٌ فهو المعتبر. قال البرزلي : قلت : تقدم لابن أبي الدنيا أنه إنما يقضى بالدراهم، لأن أسماء العدد نصوص، فتأمله. فقد ظهر لك من هذا أن من عقد على شيء، والمقصود دفع غيره، فالعبرة بذلك المقصود، وكان العقد وقع عليه ابتداءً، فإذا تزوج بنقد والمقصود بالشرط أو العادة دفع عقار، فكأنه تزوج بذلك العقار ابتداءً، فلا يحتاج إلى حيازة، والعادة دفع شورة، فكأنه تزوج بالشورة ابتداء، فيجري على قول المختصر تبعا للمدوَّنة : وجاز بشورة، وكان ذلك مراد أبي زيد في عملياته بقوله :

وَمَا بِالْأَصْدِقَة مِن مجرَّدِ تسميةِ العَيْنِ بلا تخلُّدِ
بذمَّـــةٍ مقوّمــاً فجَائِـــزٌ وَلَيْسَ تَصْيِيراً بغيْر حائِـزِ
واعتمَد الأعرافَ في الفتوى وفي الحكمِ لكنْ بانتفَائها قفي

وقد تحيَّر شارحه في معناهُ، وإنما أطلت في هذه المسألة لمسيس الحاجة إليها، والله تعالى أعلم.

مسألة، قال في نوازل الزياتي : سئل العبدوسي عمَّن صيَّر لزوجته أملاكا في كالِيء صداقها ، وشهد عليه عدول وقبلت الزوجة ذلك وقدمت لقبض ذلك ابنَيْن بالغين، فلم يلبث الزوج إلا نحو شهرين ومات، فوضع الابنان المذكوران يدهما لأمهما بعد ذلك بنحو عامين، فقام وارث آخر للهالك واحتج بعدم الحوز في حياة المصيِّر، وشهود التصيِير لم يشهدوا إلا على التصيِير وقَبولِ الزوجة وتقديم الابنين على الحوز.

فأجاب : إن لم يثبت حيازة الأملاك ببينة على معاينة الحيازة حين التصيِير أو بإقرارهما عليه حين التصيِير على المختار من الأقوال أن الإقرار به كاف، فالتصيِير فاسد ترد الزوجة الأملاك وتطلب كالئها. (هـ).

مسألة، قال في نوازل المعاوضات من المعيار : سئل أبو الضياء سيدي مصباح عن رجل صيَّر لزوجته أرضا في بقية صداقها فلم تقبضه منه إلا بعد شهر أو عام مع إمكان الحوز قبل ذلك، فهل يصح التصيِير أو يفْسُدُ، وإن قلتم يفسُد لعدم المناجزة، فهل يفسخ ما لم يفت أو يفسخ وإن فات، وما الذي يُفيته ؟

فأجاب : الذي أفتى به أبو عمران الفاسي وذهب إليه القرويون واتصل به العمل : أن التصيِير لا يتم إلا بالحوز بإثر العقد، وإن تراخى القبض كان بيعا فاسدا يرد مع القيام، وإن فات بما يفوت به الرَّبْعُ كانت فيه القيمة يوم القبض، وبالله التوفيق. (هـ).

مسألة : وقعت في عشرة السبعين بعد المائة والألف نازلة، وهي أن رجلا صيَّر لزوجته جنانا وبقي يتصرف فيه إلى أن مات، فحازته المرأة بعد وفاة الزوج

وباعته من الغير، فقام وارث زوجها المصيِّر على المشتري، محتجّاً بفساد التصيير. فأفتى جماعة من فقهاء الوقت بأنه لا حقّ له في الجنان، لأن التصيير حيث لم يُحَزْ فورا، بيعٌ فاسد، وقد فاتَ بالخروج عن اليد. وأفتى بعضهم بما محصِّله : أن ابن سهل ذكر في أحكامه الكبرى : أن التصيير كالهبَة والصدقة يبطل إن مات المصيِّر قبل قبض الشيء المصيِّر. وذكر أيضا : أنه كالبيع لا يحتاج إلى حيازة. ونقل المتيطي وابن سلمون : أن افتقاره إلى الحوز الناجز به جرى العمل، فعلى الأول، لا يصح قبض المصيَّر لها بعد حصول المانع وهو موت المصيِّر، وعلى أنه كالبيع لا يحتاج إلى إنجاز القبض كما قال المتيطي.

وأفتى أبو جعفر سيدي عمر الفاسي : بما ذكر من أن اخراج المرأة الجنان من يدها يفوت التصيير الفاسد غير صحيح، لأنه متى سلم بطلان التصيير وبقاءه بيد مالكه إلى أن مات، فالحوز بعد الموت لا يفيد بمنزلة الهبَة والصدقة، فيكون الجنان ميراثا، واستيلاؤها عليه وبيعها له يعد تصرفا في ملك الغير، فللورثة نقضه ولو تعددت فيع البياعات، وليس هذا من باب مفوت البيع الفاسد لأن عقد التصيير في نفسه صحيح، ولكن لم يتم لعدم الحوز فورا، فالبيع بعد حصول المانع لا يتم معه، والله تعالى أعلم.

قلت : وقد اجتمعت به رحمه الله ففاوضته في فتواه المذكورة، فرجع عنها وجزم بأنه لا فرق بين حوزها قبل موت المصيّر أو بعده، غير أنه اختار أن التصيير للمعينات لا يفتقر إلى حيازة أصلا محض بيع. وكتب الشريف سيدي عبد القادر السجلماسي المفتي بمكناسة الزيتون، المتوَلي القضاء بعد ذلك عقب فتوى سيدي عمر المذكور : إن التصيير المذكور لا يفيته البيع المذكور، واحتج لذلك بفتوى سيدي مصباح المذكورة قائلا : إذ الظاهر من كلامه أن البيع وقع في حياة المصيّر فيُفهم منه أن الحيازة والتفويت إذا وقع بعد وفاته لم يعتبرا. وتقيّد عقب فتواه المذكورة : الحمد لله، ما سطِّر أعلاه صحيح، ولا بد من إثبات بقاء المصير لزوجته تحت يد زوجها حتى مات، فوقع البيع والانقال أعلاه كذلك هي والاستدلال بها واضح غني عن المزيد، والله تعالى أعلم.

قلت : لم يظهر لي وجه الاستدلال بكلام أبي الضياء سيدي مصباح المذكور، لأن مجرى كلامه أنه إنما جعل في نازلته غير مفيت لأنه حمله على أنه قصد بالبيع الافاتة، والله أعلم.

مسألة : إذا صيَّر لزوجته مثلا عقارا أو غيره، فلم تحزه منه حتى باعه من غيرها، مضى الثاني كما يفيده الحطّاب لأنه ذكر أن المبيع بيعا فاسدا إذا باعه بائعه مرة ثانية وهو في يده قبل أن يقبضه المشتري، فإنه يمضي بيعه. قال : ومقتضى كلامهم أنه لا خلاف في ذلك، وما حاكاه في الشامل من الخلاف لم أقف عليه لغيره.

مسألة : إذا قبضت الزوجة الشيء المصيّر ولم يكن قبضها على الفور، فعمد إليه الزوج وباعه وهو في يدها، ففي كون البيع الثاني نقضا للتصيير الواقع للزوجة أم لا، قولان : والراجح كما يفيده الحطّاب أنه نقض للتصيير، ويمضي البيع الواقع منه والهبَة كالبيع، وهذا كله حيث وقع بيد الزوج قبل فواته بيد الزوجة. وأما إذا باعه أو وهبَه بعد فواته بيدها، فبيعه غير معتبر.

مسألة : إذا باعت الزوجة ما صيّر لها قبل أن تحوزه من الزوج، وكان ذلك بعد تراخ جرى على ما ذكروه في المشتري ببيع ما أشتراه شراء فاسداً قبل أن يقبضه من البائع، والراجح أن ذلك فوت، والهبَة والصدقة والعتق والرّهن والإجارة كالبيع، وأما إن باعته بفور التصيير فلا إشكال في صحة البيع لوقوعه قبل أن يعترى التصيير فساد، والله تعالى أعلم. (هـ) من التحرير.

قلت : قال الشيخ الرهوني : ما يصيّره الزوج لزوجه في صداقها قبل الدخول لا يفتقر إلى حوز، وقد اشتهر على الألسنة الآن وقبله ممّا أدركنا أن المدفوع ليلة البناء لا يفتقر إلى حوز، وشاهدنا الفتوى بذلك، ونزلت مرة فأفتيت بذلك، وهذا هو الذي يفيده كلام العلاّمة ابن هلال في الدّر النثير وخالفني بعض المحققين من المعاصرين، فأفتى بافتقار إلى الحوز معتمدا على ما في آخر المعاوضات من المعيار عن ابن لب ونص ذلك.

وسئل عن رجل صيّر لزوجه البكر في حين الإشهاد بالزوجية في جميع ما لها عليه من الحقوق ما عدى الكالىء جميع الغرسة التي له بموضع كذا، ولم يذكر حدودها.

فأجاب : الحكم في ذلك إذا كان الإشهاد بالنِّكاح والتصيير وقع في وقت واحد، وحصل الاستمار على ذلك، أن يصح التصيِير على ما انعقد عليه، لأن المِلك المصيَّر هو الصداق، والتسمية لا عبرة بها، هذا أصل المالكية في كل ما يسمّى في العقدة، وينتقل عنه إلى عوض آخر فيها نفسها، فليست العقدة عندهم إلا على ذلك العِوَض، وهذا أصل ينتظم في مسائل من النِّكاح ومن البيع والصرف وغير ذلك، فإذا صارت الغرسة المذكورة صداقا إنعقد عليها النِّكاح، لزمت برضى الزوج والزوجة والولي، ورضى الزوجة هو الاستمار على سنته لا يضر سكوتها فيه، مع أن الصداق أصلُ مِلْكٍ كما لا يضر في العروض، وهو الصحيح من القولين، وعليه العمل. أما لو كان الإشهاد بالتصيِير ثانيا عَن الإشهاد بالنِّكاح وبعد حصوله وانعقاده، لَمَا كان يصح التصيِير بحال إلا بعد ثبوت شرطه وهو التناجُزُ، فلا يصح بتأخير ولا بخيار. (هـ). فظاهر قوله : أما لو كان الإشهاد بالتصيِير... الخ، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده.

قلت : مَا ذكره مِن أن قاعدة المالكية أن اللَّاحق لعقد النِّكاح كالواقع فيه، عليه انعقد، فليست العقدة عندهم إلّا على ذلك العوض، وأن ذلك ينتظمُ في مسائل منِ النِّكاح، صحيح. وأما ما ذكره من أنَّ شرط ذلك أن يكون في وقت واحد، ففيه نظر، بل الشرط أن يكون ذلك قبل الدخول وإن تأخر عن العقد، ويظهر ذلك بذكر بعض تلك المسائل التي أشار إليها مجمَلة، فذكَر نقولا كثيرة شاهدة لما قاله. ثم قال : فتحصَّل من هذا أن استدلال ابنِ لُبٍّ بقاعدة المالكية هو حجَّة عليه لا لَهُ، فالْحَقُّ ما أفتينا به تبعا لغيرنا، والله أعلم. (هـ) باختصار، تأمله ولا بد، والله أعلم.

وسئلت عن دار بيعت صفقةً على أناس وفيهم محجور، فتوجه أرباب البصَر إليها عن إذن القاضي ليختبرُوها هل فيها غبن أم لا ؟ فشهِدوا بأن ما بيعت

به، فيه غبن على المحجور، ولا يمضي عليه إلّا بزيادة مائة ريال وخمسين ريالا في واجبه فقط، في مقابلة الغبن الواقع عليه فيما بيعت به، وبزيادة خمسين ريالا غِبْطة له، وحينئذ يمضي عليه البيع فيها، قالوا ذلك وشهدوا به.

فأجبت : الحمد لله، ما شهد به أرباب البصر أعلاه باطل لمخالفته للشريعة المطهَّرة من وجوه :

أولها : أن بيع الصفقة لا قيام فيه بالغبن على ما جرى به عمل فاس، لقول ناظمه :

والغبن فيها ليْس ذَا تَصَوّر لقابِلِ التَّخيير والتخيُّر.

ولا فرق بين كون البيع بها على محجور أو رشيد. قال الرباطي في شرحه نقلا عن المجَّاصي في جواب له عن حانوت أمضى ولي المحاجير البيع في نصيبهم منها مع الرشداء الذين باعوها صفقة ما نصه :

إن النظر في النازلة مقصور على الضم والتَّرك، أما البخْس والسداد فلا نظر فيه هنا، إذ البيعُ جبري لإرادة الشريك البيعَ، وما كان كذلك فلا التفات فيه للسَّداد ولا لعدمه، فإن الناظر مخيَّر في الأخذ إن رآه للغبطة ورخص الثَّمن أو التكميل إن لم يره، وَمَن خيّر ما غُبِن، مع أن الرشداء في الغالب لا يبيعون إلّا بعد الاستقصاء، فكفى المحاجير مؤنة الثمن غلاءً ورخصا. وقد أشار في التوضيح إلى نحو هذا، وبمثله أجاب القاضي سيدي محمد بن سودة رحمه الله. (هـ).

ثانيها : أن اعتبار الغبن في بيع حظ المحجور فقط مع أن البيع وقع في الجميع، لا معنى له، إذْ لا نظر للجزء في بيع الكل، لأنه إنما بِيع مضافا للكل، فلا يصحُّ اعتبار الغبن فيه وحده، وإنما يصح فيه الغبن لو بيع وحده، أما حيث بيع مع الجملة فلا، وهذا ضروري.

ثالثها : أن إثباتهم الغبطة في بيع الصفقة مخالف للنصوص بأسرها. قال ابن عبد السلام بناني في شرح الزقاقية على قولها:وذي شرك... الخ، ما نصه : أي شريك مريد فيما لا ينقسم بيعه صفقة، ولا مال لليتيم يضم له به الصفقة، فتُباع

حصته مع شريكه وإن لم يستبدل خلافها أو لم يكن في الثمن المبيع به سداد، لأن اعتبار شرط السَّداد في الثَّمن إنما ذكره الأئمة فيما بيع من حصة اليتيم مفردة. ثم قال : وتقييدنا إرادةَ بيع الشريك بما لا ينقسمُ تَبعاً لابن عرفة هو المشهور، لكن الذي به العمل أنَّ القابل للقسم كغيره... الخ، فإذا لم يعتبر السَّداد في مال اليتيم إذا بيع صفقة، فعدمُ اعتبار الغبطة فيه أحرى، لأن الغبطة أكثرُ من السَّداد، إذ السَّداد أن يكون لا غبن فيه، والغبطة زيادة نحو الثلث على المعتاد.

وقال الشيخ الرهوني على قول المختصر : «والسَّداد في الثمن» ما نصه : وقالوا فيما إذا باع شريك المحجورِ صفقة، ورفع المشتري أمره إلى السلطان، أنه يمضي ذلك في حق المحجور إن ظهر لَهُ إمضاؤه، حتى قالوا : إنه إذا أمضاه لا قيام للمحجور في ذلك بعد رشده، ولو ثبت أن الضمَّ له كان له أَولَى، وأنه كان له إذ ذاك ما يضم به، وهذا أمر ظاهر حتى أنه مذكور في شرح الزقاقية. تأمله. (هـ) ونحوه في شرح العمل. وفي حاشية التسولي على قول الزقاق : «وكذلك الذي يجري من البيع صفقة» ما نصه. قوله (أي التاودي) : إذا كان أحد الشركاء غائبا، فإن الحاكم يبيع عليه، يعني وكذلك إن كان محجوراً، ولا ينظر حينئذ لكونه أولى ما يباع عليه، لأن البيع جبريٌّ ولا لِسَداد في الثمن، لأن الغبن فيه لا يتصوَّر. ومثله في جواب لابن ابراهيم مفتي فاس. فهذه كتب المتأخرين مشحونة بأن السداد غير معتبر في بيع الصفقة، فكيف تعتبر فيه الغبطة. وأما رابعا، فقولهم : ولا يمضي عليه إلا بزيادة مائةِ ريال وخمسين ريالا... إلى قولهم وحينئذ يمضي عليه البيع، حكمٌ شرعي، وليسوا من أهله، وإنما شأنهم تقويم المبِيع واختبار ثمنه، هل فيه بخْس أم لا ؟ وأما المضي وعدمه فهم بمعزل عنه. ولذا قال القاضي المكناسي : وعلى القاضي أن ينظر في شهود البصَر ويشترط عليهم أن لا يحكموا في حائط لأحد المتنازعين، وإنما يصفونه بما يزيل الإشكال وينظر هو فيه. (هـ) والله أعلم. وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمّا يظهر من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله، حيث كان البيعَ في زينة الدار إنما وقع بتقويم الشركاء بينهم بدون

سمسرة ولا حضور أرباب المعرفة معهم، وأمضى الأب ذلك البيع على المحاجير الصغار، فذلك غَيرُ كاف، لأن البيع كذلك، الغالبُ عليه البخْسُ، ولأن العادة الجارية في بيع الأصل أن يكون بالسمسرة ليرتفع الثمن في الغالب، ولا داعي إلى بيعه بلا سمسرة هنا. ومن المعلوم أن النائبَ عن غيره، كائنا من كان، إنما يمضي من فعله ما كان مصلحة. ففي نوازل العلمي نقلا عن القرافي ما نصه : لا يتصرف من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية إلا لجلب مصلحة أو درءِ مفسدة، وكل من ولي ولاية فهو معزول عن المفسدة الراجحة أو المصلحة المرجوحة. (هـ). فإذا كان معزولا عن المصلحة المرجوحة فأحرى ما لا مصلحة فيه أصلا كما هنا. وقال أبو علي في شرح المختصر : ومعلوم أن الولي موكول إلى أمانته، وأنه إنما يعمل الأصلح، وأباح له الشارع النظر بحسب ما يظهر له، ولا يحل له أن يفعل ما لا نظر له فيه، ألا ترى قول المتن : وله البيع. وقوله : وللأب ترشيدها، وللولي ترك التشفع، فهذه مواضع يجب على الولي فيها فعل الأصلح قطعا. (هـ).

وأما ما ذكره المفتي الأول من أن الأب يبيع مطلقا... الخ، فغير صواب هنا، لأنه حيث كانت الوصية بالثلث، ولم ينحصروا، فلا يجوز للأب أن يبيع عليهم ولا يمضي بيعه إلا بعد الرفع للقاضي لحق الغائب. ففِي نوازل العلمي : أنه سأل شيخه سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي عن رجل ابتاع أرضا من آخر، ثم بعد الابتياع قام عليه فيها البائع وادَّعى أن ثلثها موصىً به لأولاده. وقد وجِد بعض الأولاد ولم تنقطع ولادته، فلمّا استحق الثلث بالوصية قام بالشفعة فيما بقي، ثم إنهما اصطلحا على أن أسقط الشفعة في بعض الأرض المذكورة وشفع بعضها لأولاده، ثم تناقل معه فيها، وبقي على ذلك زمنا ثم قام البائع يخاصم المشتري في المناقلة، وادَّعى فسخها لكون الثلث للأولاد الموصَى لهم وهو لم تنقطع ولادته.

فأجاب : اختلف في الوصية للأحفاد وفيهم موجود ومن سيوجد، هل يملك الشيء الموصى به الأخيرُ من الأحفاد أو هو مِلْك لجميعهم، والأول هو المختار لغير واحد. ثم قال بعد كلامٍ ما نصه : وعُلِمَ من هذا حكم المناقلة، وأنها غير تامَّة على كل من القولين المتقدمين، إذ لا بد من نظر القاضي في حق من لم

يوجد. (هـ) الغرض منه. ثم قال : وأجاب عقبه شيخنا أبو مدين فقال : الحظ الذي وجب للأحفاد لا يباع استقلالا كما في الجواب أعلاه، وأما بيعه بحسب التَّبع والجبر من الأب المشارك لأولاده بالثلثين فلا مانع منه، ولا يسقط حقه من التصفيق عليهم لعدم وجود جميعهم. وإذا ثبت لهم رد البيع بالوجه الذي يفيده فلا سبيل إلى أن يشفع الأب ولا غيرُه من أولاده الموجودين ما باعه الأب في شركتهم، إلى أن قال بعد كلام ما نصه : وإذا تعذرت الشفعة وبطلت المناقلة بعدم مطالعة من يجب، وجب أن يكون المشتري شريكا للأولاد الموصى لهم بالثلث. فكل من الجوابين صريح في بطلان هذا البيع لعدم مطالعة القاضي به. ونقله العلمي أيضا في نوازل البيوع عن سيدي العربي بردلة، أنظره ولا بد. وكذلك ما ذكره المفتي الأول أيضا من قوله : «لأن البيع وقع صفْقة والورثة يصفقون على أهل الوصية»، سهو منه، لأن البيع هنا وقع للشريك في الزينة، ومحل بيع الصفقة حيث يكون المشتري أجنبيا (أي غير شريك في المبيع)، لأن معنى بيع الصفقة بيع الجميع. وإذا كان المشتري شريكا، فالمبيع له البعض لا الكل، لأنه لا يباع له إلا ما يملكه غيره. والحاصل أنه إذا كان المشتري أحدَ الشركاء في المبيع، كان البيع بيع تبعيض لا بيع صفقة من أجل أنه لا يباع للشريك إلا مِلْك غيْرِهِ. وبهذا جرى العمل، كما قاله أبو زيد الفاسي :

والبيع مهما كان للشريكِ فهو تبعيض بلا تشكيك

على تسليم أنه من بيع الصفقة فلا بد من الإمضاء على الغياب، والذي يمضيه في حق الغياب إنما هو القاضي لا الأب، وبهذا يظهر أن للحاضنة في هذا البيع الكلام، لأن الأب لما باع بغير رفع للقاضي كان معزولا عن النيابة عليهم، وعليه، فكل من تكلم في هذا البيع الآن، حاضنةٌ أو غيرها، فيجاب له ويفسخ، والله أعلم. المهدي لطف الله به.

وسئلت عمّا يظهر من الجواب ونصه :

الحمد لله، إقرار البائع بعد البيع، أن البيع الصادر منه للدار المذكورة صفقة على أخته فضيلة للغير واستشفعتْه زوجته فاطمة، إنما فعل ذلك صورة فقط

ليخرج أخته المذكورة من الدّار المذكورة وتصير بأجمعها مِلكا لزوجته المذكورة... الخ مُلغى، لا يبطل الشفعة المذكورة ولا يوهنها، بل اقراره المذكور مجرد حيلة لفسخ البيع الصادر منه وهو غير معتبر، كما صرح به غير واحد. ففي نازل ابن هلال نقلا عن ابن لُبٍّ ما نصه : ولا يقبل قول العم أنه باع ما لا يملك لتعلق حق الغير به. (هـ).

وفي نوازل العلَمي نقلا عن قاضي الجماعة أبي مديان : فيمن باع شيئا لشخص، ثم أقرّ أنه كان باعه لغيره قبْلَه، ولا بينةَ له إلا مجرد قوله، ما نصه : المعتبر فيما ذِكر، البيع الثاني، سيما وهو في النازلة، فأشهد له أي للأول إلا البائع، وشهادته في مثل ذلك على فعل نفسه غيرُ معتبرة لتعلق حق المشتري الثاني بالمبيع، فإقرار بائعه بعد ذلك ببيعه لغيره قبله يعد ندَما، فلا يخرج المبيع من يد مالكه بمجرَّد ذلك، وكل ذلك واضح الجريان على الأمر المعروف من المذهب، والله أعلم.

وأجاب عقبه شيخنا قاضي الجماعة المجّاصي : الجواب أعلاه صحيح، إلى أن قال : وإقرار البائع عند البيع بالتعدّي لا يفيد و لا يصدق على المبتاع على ما في المدونة. (هـ). وأشار بهذا إلى ما ذكره الحطّاب عند قول المختصر، ووقف ملك غيره على رضاه، ونصه : التاسع أي من الفروع، لا يفيد إقرار البائع بعد البيع بالتعدّي. ففي كتاب الغصْب من المدونة : ولو باع أمَة ثم أقر بغصبها لم يصدق، ومثله في حاشية الرهوني، ويؤيده ما ذكره شرّاح الزقاقة وغيرهم عن المتيطي، ونصُّه : لو أن الأب بعد البيع كان هو المِقر بالتوليج لم يستضرّ الابن بذلك، وعد إقراره ندما منه على ما فعله. (هـ). وما نقله شارح العمل عن ابن مغيث، ونصه : وإن أقر المولج بعد أن أشهد على نفسه بالبيع، وثبت إقراره لم يضر ذلك المبتاعَ، وبه مضى العمل عند الشيوخ، وفي هذا كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله، حيث باع الشريف مولاي الطيب النصف الذي يملكه من

الدار فقط، وباعت الشريفة أم كلثوم نصف نصْف الثمن منها فقط، وباع الشريف مولاي ابراهيم نيابة عن محجورتيه رُبُعا منها إلا ثمناً فقط، كان هذا البيع تبعيضا لا صفقة بالضرورة، لأن بيع الصفقة هو بيع أحد الشركاء الدَّار كلها مثلا، فإن باع حظَّه منها فقط كما هنا فهو التبعيض، والواجب في الصفقة هو ضم بقية الشركاءِ المبيعَ بأجمعه أو تسليمُه للمشتري. والواجب في التبعيض هو أخذ الشركاء الحظَّ المبيع بالشفعة من يد المشتري أو تسليمُه له، وهذا كله ضروري عند كل من له أدنى دراية من علم الفقه والنَّوازل، وعليه فقول الموثق : إن مولاي الطيب باع النصف في الدار صفقة على من شاركه، إنما هو من تلفيفاته التي لا تنبني الأحكام عليها، إذ لا مشارك له في هذا النصف حتى يصفق فيه عليه، فإذا تقرر هذا فنقول : لا شفعة للمحجورتين اللتين باع عليهما مولاي ابراهيم المذكور الآن بوجه.

أما أولا، فإن حظهما الذي يشفعان به قد خرج من يدهما بالبيع، وذلك من مبطِلات الشفعة، كما في المختصَر حيث قال : أو باع حصته. قال الزرقاني : فتسقط شفعته، لأنها إنما شرعت لدفع الضرر، وإذا باع حصته فلا ضرر عليه.

وأما ثانيا، فإن المحجورتين المذكورتين لم يكن لهما مال وقت وجوب الشفعة لهما، لقول الموثق في الوثيقة : إنهما لا مال لهما يضمّان به، وذلك شرط في وجوب الشفعة لهما، كما قاله غير واحد، منهم الشيخ التّاودي في أجوبته وأطال فيه، ثم قال : وقفت على جواب الشيخ سيدي عبد القادر الفاسي **وقد سئل** عن نحو المسألة، فأجاب : أن المال المعتبر للغائب والمولّى عليه أن يكون حاضرا يوم البيع لا يوم القيام، فالمسؤول عنه في القضية المذكورة إن لم يكن له مال حين البيع، لم تكن له شفعة. (هـ) ومثله للشيخ ميارة، ونصُّه :

وشرْطُ مَن يشفَع بعد العَام ... كغائب وَمُهْمل الأيتام
كَونهُ ذا مالٍ بِيَوْمِ البيعْ أو ... مِلْكه في عام ذا البيع رووا

ومثله في حواشي بنَّاني والرهوني فلا يعتد بمن خالفهم كالتسولي.

وأما ثالثا، فعلى تقدير أن لهما مالا وبقي نصيبهما لم يُبَع وسكت المقدم

عن الأخذ بها حتى مضى العام من يوم البيع، فلا شفعة لهما، لأن المقدم مُلحَق بالأب والوصي المشار لهما بقول التحة :

والأبُ والوصي مهما غفلا عن حدها فَحُكْمُهَا قد بطلا

قال المتيطي عن بعض الموثقين : الذي جرى به العمل أن حكم مقدم القاضي كالوصي في جميع أموره. (هـ). وقال سيدي عبد القادر الفاسي في جواب له : أن الذي في المدونة أن مقدم القاضي كالوصي في جميع أموره. (هـ). ونصها : وإن لم يكن للطفل اليتيم وصي، فأقام له القاضي خليفة، كان كالوصي في جميع أموره. (هـ). نقله الحطّاب وميارة والرهوني، وهو يفيد أن سكوت مقدم القاضي عنها سنةً يبطلها كالأب والوصي، فكيف بمضي مدة الحيازة وأَزْيَدَ، فالطمع فيها مع هذا كلهِ مما يمجه الطبع، ويصطحب على إنكاره العقلُ والشرع. وقول من قال بلزوم كراء تلك المدة، إلى قوله بشهادة قول خليل ومالك : بحكم أو دفع ثمن أو إشهاد، غير سديد، بل فيه نظر لا يخفى على كل ذكي أو غبي بليد، لأن العمل بخلاف قول خليل المذكور. ولا شك أنه مقدم على المشهور. قال الشيخ بناني في حواشيه عند النص المذكور : رأيت بخط الشيخ المسناوي أن اشتراط حضور المشترِي هو الذي جرى به العمل بفاس خلافا لما في العمليات. ومثله للشيخ التّاودي في شرح التحفة. وقال الشيخ الرهوني على قول أبي زيد الفاسي : والأخذ بالشفعة سِراًّ ينفع...الخ. البيت : إنه منسوخ بالعمل الذي ذكره بناني. وفي هذا القدر كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وأجبت عمّا يظهر من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله، بيع المرأة ظهور الوصية أعلاه حظّها وخظّ محجورها ولدِها في تلك الفدادين المشار إليها صفقة، صحيح لازم لا غبار عليه، ولو لم تكن غبطة للمحجور، فأحرى مع وجودها وانضمامها إليه، لأن بيع الصفقة جبري لا يشترط فيه شيء زائد عليه. قال المحقق ابن عبد السلام بنّاني في شرح الزقاقية لما تكلم على بيع الصفقة ما نصه : وما بِيعَ على اليتيم أو الغائبِ صفقة لا يشترط فيه السَّداد في الثمن إذ ذاك، إنما ذكره أئمة المذهب في بيع القاضي على من ذكر لحاجة إنفاق أو نحوه من المصَالح،

حيث لا يلجأ من جهة الشريك، أما حيث يكون سببُ بيع حصة اليتيم أو الغائبِ إرادةَ مشاركهما البيع، ولا مال حينئذ تُشترَى لهما به الحصة التي للمشارِك، فقد صرحوا بأن ذلك من الأسباب والوجوه التي يباع لها رَبْع اليتيم دون أن يضيفوا إلى ذلك زيادة سداد في الثمن، إذ البيع جبري، ولو اشترط فيه السداد في حصة اليتيم لم يكن لذكره من الوجوه فائدة لتعذره أحيانا. وفي التوضيح نحو ما ذكره من الاشتراط في الحصة المفردة والاطلاق في المشتركة، والله أعلم. (هـ). وكذلك ضم الشريكة أم كلثوم من يد المشتري المذكور، صحيح معتبر، ولا يوهنْ ذلك كونُها شرِّكتْ معها فيما ضمَّتْهُ ولد عَمها بالقرب، بل ذلك سائغ مغتفَر. قال الشيخ التّاودي في شرح الزقاقية : إن ضم الصفقة على البائع فهو الذي يجري على ذلك، فإن ضم شركاؤه انصرف المشتري، ولا عهدةَ عليه، وإن كملوا البيع دفع المشتري الثمن، ومَن ضَم وباع بالقرب فلا كلام معه بخلاف الشفعة. (هـ) الغرض منه، ونحوه قول الشيخ ميارة أيضاً في تأليفه الذي سماه (بتحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل بيع الصفقة) ما نصه : وجرى العمل أيضاً على ما أخبرني به بعض عدول بلدنا أن الشريك إذا ضم الصفقة ثم باع بالقرب، فلا كلامَ للمشتري، ولا كذلك في باب الشفعة. (هـ). ونُحوهُ قول العلّامة سيدي عبد القادر الفاسي في نوازله آخرَ جواب له ما نصه : ثم إذا ضم الصفقة من ضمها وتَمّ مِلْكُه لها، فله أن يبيع ذلك ولو بالقرب. (هـ). ونظمه أبو زيد الفاسي في عملياته بقوله :

ومـــــا لمشتَـــــرٍ كَلَامٌ ثم إن باع بالقُرب الذي قد ضُمّ.

والحاصل أن كلا من البيع والضم المذكورَيْن صحيح، وشواهد ذلك من كلام الأئمة أكثر من أن تحصى بالتصريح لا بالتلويح، وفيما سطَّرناه كفاية، وبالله تعالى التوفيق والهداية. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عمَّن مات وخلّف ورثة وعصبه أخوه، فقام أحد الورثة وأكرى حانوتاً بالصفارين كانت للهالك في حياته صفقة على الورثة لمدة من عام، فامتنع الأخ المذكور من إمضاء الصفقة زاعماً أنه لا تلحقه الصفقة، مدعياً أن الحانوت المذكور شركة بينه وبين الهالك، فأقام الورثَة بينَة أن الحانوت والْأَرْوَى كانتا مشتركتين بينَه وبين الهالك،

ولكنْ تَخارجَا فيهما على أنْ أخذَ الهالكُ الحانوتَ المذكور، وأخذ الأخ المذكورُ الْأروى... الخ، فأقام هو أيْ الأخ بينَة باللفيف وأخرى بالعدول أن الْأروَى مِلْكٌ له.

فأجبت عن ذلك : الحمد لله، حيث ثبت ملك الهالك للحانوت الصفارية، واستمر ملكه لها إلى أن مات وتركَها لورثته، كان لهم (أي للورثة) أن يصفقوا كراءها على العاصب، كما لهم أن يصفقوا عليه بيعها بلا فرق بينهما،ولا كلام للعاصب في ذلك، لتوفر شرْطِ الصفقة الذي هو اتحاد المدخل. ففي العمليات الفاسية ما نصه :

في قابل القسْم وما لم يقْبَلْ   لا تشتَرِطْ إلّا اتحادَ المدْخَل

وقال أيضا :

والقول من فتوى ابن هارون جرى   بأن ذا التصفيق جارٍ في الكِرَا

وأما البينَة أعلاه، الشاهدة بمِلك الأُروى للعاصب فلا حجة فيها على عدم الصفقة في الحانوت الصفارية، إذ فيها تعرض للحانوت المذكورة بحال، وكذلك البينَة الشاهدة بالمخارجة بين الهالك والعاصِب، التي بيد الحامل لا تعارض البينَة أعلاهُ، إذ كلاهما شهِدت بملك العاصب للأْرْوى، إلّا أنَّ البينَة أعلاه لم تبين سبب ملكه، وبينَة المخارجة بينَت سببه، فهما كَبيِّنَتَيْنِ شهدتا بملك شيء لرجل، إلّا أنَّ إحداهما زادت على الأخرى ببيان سبب المِلك، فلا يقال:إن الثانية معارضة للأولى، ولا يتوهمه أحد لإمكان الجمع بينهما. وفي المختصَر تبعاً لأهل المذهب ما نصه : وإن أمكن جُمِعَ بين البينَتين جمع، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وفي نوازل سيدي العربي الزرهوني ما نصه :

الحمد لله، ذكرَ غير واحد ممن تكلم على ما جرى العمل به من بيع الصفقة، أنه كما يكون في الأصول يكون في الكراء والغلّات، وعليه إذا بيعت غلة الجنان المحبِّس أعلاه صفقة، فلمَن بيده الكرسي المذكور منفذا أن يضمها لينتفع بعينها إن شاء أو يبيعها لمن أراد، وليس لناظر ذلك الحبُس أن يجبره على بيعها ويلزمه بِأخْذِ الثمن، إذ ليس في الوثيقة المنتسخَة أعلاه ما يُشْعِر بأن المحبس اشترط ذلك، وأنه إنما يأخذ القاري بالكرسي ثمن الغلة، وأن الناظر يتولى بيعها، والله

أعلم. وكتب عبد ربه محمد بن محمد بن ابراهيم، ومن خطِّه نقلت.

وبعده، الحمد لله : ما سُطر أعلاه صحيح، والله تعالى أعلم. وكتب عبد ربه تعالى علي بن أويس لطف الله به. (هـ) من خطِّه.

وسئل سيدي عمر الفاسي بما نصه :

سيدي، رضي الله عنكم وأرضاكم، جوابكم عن الدار أعلاه بيعت صفقة على من ذكر أعلاه، ومن جملتهم فلان بن فلان المذكور أعلاه، وأمضَى عليه القريب الصفقة في ذلك لِيُتْمِه وإهمالِه، ولكونه لا مال له يَضُم به الصفقة، وكان في غاية الحاجة والفاقة والاضطرار حسبما ذلك في علم شهيدَيْ الشراء أعلاه، ودفَعَ القريب لأخيه جميع واجبه من الثمن، وقدْرُه كذا، ثم حضر فلان وتوصَّل بواجبه من الثمن وأبْرأ أخاه من واجبه من الثمنِ بمقاصة بينهما حسبما ذلك بالرسم الثاني من الرسمين المنتسخين أعلاه، ومات فُلان وقام أولاده عَلى من بيده الدار المذكورة. فهل سيدي، لهم متكلّم فيها، وقد بيعت على أبِيهم صفقةً وأمضى العريف وقاضِي الوقت البيعَ عليه، وتوصل هو بواجبه من الثمَن، أو لا كلام لهم في ذلك ؟ أجيبوا مأجورين، والسلام.

فأجاب : الحمد لله، حيث بِيعَتْ الدار المذكورة صفقةً، وكان من جملة المصفق عليهم فلان المذكور، وأمضى عليه العريف الصفقة ليتمه وإهماله وفقره وحاجته وضعفه وفاقته، ثم دفع العريف لأخيه واجبَه مِن الثمن، ثم وقعت المقاصَّة فيه بينه وبين أخيه وأبراه من الواجب المذكور من الثمن المذكور ثم توفى، فليس لأولاده حظ في الدار المذكورة، لأنه لا مدخل لهم إلا من قِبل أبيهم، وأبوهم لم يبق له مِلك فيها لوقوع البيع عليه وعلى من كان معه صفقة، وبيع الصفقة جبري كما هو مقررٌ مشهور، وإمضاء الصفقة عليه للسبب المذكور هو أحد الأسباب التي يباع لأجلها عقار اليتيم، كما في المختصريْنِ لخليل وابن عرفة وغيرهما. وإذا لم يبق لأبيهما المذكورِ حظ في الدار المذكورة وخلُصَتْ للمشتري ثم تعدَّد فيها البيع، فأيُّ قيام يصح لهؤلاء الأولاد، وأي متكلِّم لهم، وإنما هذا طمعٌ أشْعبي، والله أعلم، لكن لا بد من الإعذار في تلك الموجبات إليهم لينقطع شغبهم، واللهُ الموفق. قاله

عمر بن عبد الله الفاسي لطف الله به.

وبعده، الحمد لله : ما وقع من التصفيق في بيْع الدار المذكورة أعلاه على الشركاء المذكورين، حيث أشير، صحيح لازم، ومن جملتهم عبد الكريم الذي أمضى عليه العريف لِيُتْمِه وإهمالِه يومئذ، فلم يَبقَ له حَقٌّ في الدار المذكورة ولا لأولاده من بعده، لأنهم إنما يدخلون من قِبَله، فيبقى النظر في الثمَن الواجب له فيما ذكِر في الرسم الأول من الرسمَيْن المنتسخين أعلاه، أن أخاه أحمد قبضه فيما كان صيَّره عليه في الفرض ولم يُثْبته، وذكر في الرسم الثاني أنه قاصه به من ثَمنَ رُبُع دار الشريف العراقي، مُحَالًا على رسم التبايع بشهادة شهيديه، ثم أثبت ذلك أيضا برسم آخر حسبما بيد مَاسِكِه، وحينئذ فلم يبق لأولاد عبد الكريم حق في الدار المشار إليها ولا في ثَمنها، والله سبحانه أعلم. وكتب عبد الله تعالى محمد التّاودي بن الطّالب ابن سودة تغمَّده الله برحمته.

وبعده، الحمد لله : ما سُطر فوقه من إمضاء البيع على عبد الكريم لإمضاء القاضي عليه وإهماله وحاجته، صحيحٌ، والله أعلم. وكتب محمد بن الحسن بنَّاني لطف الله به.

وبعده، الحمد لله : ما سُطر أعلاه من تصحيح البيع الواقع على عبد الكريم وأخته، صحيح لوجوه :

أحدها، أنه لا مال لهما للضم، على أنه لو كان، فَمَنْ له النظر في أمرهما مخيَّر في الضمِّ لرخص الثمن، أو الإمضاءِ للغبطة.

ثانيها، أنهما في غاية الاحتياج، وهذا سبب يوجب البيع ابتداء دون إمضاء الصفقة الجبري.

ثالثها، أن عبد الكريم لما حضر وأبرأ أخاه فيما قبضه له، فذلك إمضاء منه متمم لإمضاء العريف والقاضي عليه، فلم نرَ وجْهاً يُدْلِيان به إلا الإعذار في شهادة من شهِد بذلك إذا كان منكرا لذلك. وقد ذكر الشيخ ميارة في مسائل الصفقة العمل بإمضاء القاضي الصفقة على الغائب وإن كان له مال، وحكم

اليتيم المهمل لا يبعد من حكم الغائب، والله تعالى أعلم. وكتب عبد القادر بن محمد الحسني السجلماسي وفقه الله.

وبعده، الحمد لله : لا يتعقب ما طولع به القاضي من إمضاء الصفقة أعلاه وشمولها لمن كان محجورا وقتئذ. ففي المختصر : ان لارادة شريكه بيعا ولا مال له، فبالأحرى أن لا يكون لورثته كلام، بل لو لم يكن هذا لكان طول المدَّة مؤثِرا في إمضاء البيع بعد زوال الحِجْر أو عدمه في الورثة ولا تقية كما في ابن سلمون، والله تعالى الموفق بمنِّه. وكتب أحمد بن عثمان وفقه اللهُ بمنِّه. (هـ).

ووقع الجواب عن محاجير بيعت عليهم أروى صفقة ممَّن شاركهم، وأمضى وصيهم عليهم بما نصُّه :

الحمد لله، حيث بيعت الْأروى المذكورة أعلاه صفقة على المحاجير ممَّن شاركهم، وحضر وصيُّهم وأمضى الصفقة عليهم، فالبيع صحيح لازم، وفعْلُ الوصي محمول على السَّداد، والله تعالى أعلم. وكتب علي بن أويس الحصني وفقه الله بمنِّه بَعْده :

الحمد لله : ما رُسم أعلاه من صحَّة البيع المذكور ولزومه للمُولّى عليهم، حيث أمضاه وصيهم، صحيح، والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم لطف الله به آمين.

بعده، الحمد لله : البيع صحيح أعلاه، كيف وقد أمضى الوصي المذكور على المحاجير صفقة البيع حيث لا مال لهم حينئذ يضم لهم به صفقة البيع، إذ فعله محمول على النظر والسَّداد كالأب، فلا قيامَ للمجاجير المذكورين إذا رشدوا بالغبن بِشرطه، لأن ما به العمل هنا (أي في بيع الصفقة) مقدَّم على غيره، لأن المخصوص في نازلة، مقدَّمٌ على العموم في غيرها، والله سبحانه أعلم. وكتب محمد بن الطاهر الهوّاري لطف الله به. (هـ).

بعده، الحمد لله : ما رُسِمَ يَمِينَه من صحة البيع الواقع على المحاجير صفقة، وإمضاء الوصي عليهم حكم الصفقة لعدم ما يضمُّ لهم به الصفقة، كما

أفصح به، صحيح، ولا يحتاج إلى إثبات ذلك على المشهور، والله أعلم. وكتب محمد بن محمد الدهري وفَّقه الله بمنِّه. (هـ).

ووقع الجواب : عمَّن باع ثلث الجنان صفقة ثم أراد أن يقوم بالغبن، هل له ذلك، بما نصه :

الحمد لله، بيْعُ الصفقة لا قيام فيه بالغبن، لا من البائع الأول ولا من المبيع عليهم إذا أمضوا ولو كانوا محتاجين، وأمضى عليهم وليهم. قال ناظم عمليات فاس :

والغَبن فيها ليس ذا تصور   لحاصل التخيير والتـخير

فقوله لحاصل التخيير، نصٌّ في أنه لا فرق في ذلك بين البائع الأول وغيره. قال الرباطي : لعل معنَى هذا البيت أن الغبن لا يتصور في بيع الصفقة لأجل تخيير البائع الأول بقيةَ الشركاء في أن يضموا أو يبيعوا معه، فتخيروا البيع، فبِذلك التخيير والتَّخير تنقطع حجة من قام منهم يوما ما يدَّعي الغبْنَ، لأن من خُيِّرَ ما غُبن. وقد قال المجَّاصي في جواب له، أنظر قوله : فبذلك التخيير، إذ هو الحاصل من البائع والمبيع عليهم، إنما حصل منهم التخيُّر، والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم لطف الله به آمين. (هـ).

ووقع الجواب عن غبْن في كراء نصفِ فرن حبس من القاضي بن سودة بما نصه من خطِّه بواسطة بعض الفضلاء :

الحمد لله، حيث ثبت أن قيمة كراء نصف أصل الفرن المذكور لمن يقدم فيه العدَّة المذكورة هو ما ذكره البصَراء أعلاه، وأن كراءه بدونه، فيه غبن وبخس على صاحبه، فإن عقد الكراءِ الواقعَ فيه بأقل من ذلك لا يمضي، ويفسخ وتقع المحاسبة على ما قوَّمه به أرباب البصَر، فمن بقي له شيء رجع به على صاحبه وأخذه منه، والله أعلم. وكتب أحمد بن سودة كان الله له.

وبعده، الحمد لله : المسطَّر أعلاه صحيح. وقد نص في الشامل وغيره على أن ربَاع الحبُس إنَّمَا تكْرَى للمدَّة المتطاولة إذا بذل مشتريها أضعاف كراء مثلها

ونصه : وجاز كراء بقعة من أرض محبَّسة أربعين سنة لتبنى دارا، وليس الحبُس فيها على معيَّنِين بعد أن بذل مكتريها فيها عوَضاً خارجا عن الكثرة. (هـ). وحيث ثبت أن ما أكري به الحبس المذكور دون كراء مثله، فهو أولى بعدم الجواز، ويفسخ الكراء المذكور لعدم جوازه شرعاً، وتقع المحاسبة بين مَن له المنفعة وبين المكتري فيما بناه بما قاله وقوَّمه به من لهُ معرفة وخبرة بقيم كراء الأصول، والله تعالى أعلم. وكتب عبد ربه تعالى علي بن أويس وفَّقه الله ولطف به. (هـ) من خطه بها.

الحمد لله، ساداتنا، جوابكم بعد تأملكم آخر الرسم الثاني عند قول الموثق : قبض البائعون جميعَ الثمن ومضت لذلك سنون، وتصرف المشتري فيما اشتراه وأصلحه وحَسُن بيده، وربّما صيَّره في ديْن له عليه لغيره. ثم إن بعض الورثة أراد القيام على هذا المشتري زاعماً أن ما ذكر وقع فيه غبن، فهل لا تسمع دعواه لأن المبيع المذكور زاد وَرَبَا، وحسن في يد مشتريه ومرَّت له السنون المذكورة، وتصرف فيه بأنواع التصرفات كلها، أو لا مقال له ؟ بينوا لنا ذلك مأجورين، والسلام.

الحمد لله، الجواب : إنه حيث مضى للبيع أزيدُ من عشر سنين حسبما في تاريخ رسم البيع أعلاه، فلا رد بالغبن، إذ لا قيام به بعد السنة، فكيف بعد سنين. وفي التحفة :

ومَنْ بِغَبن في مبيع قامَا فشرطه ألّا يَجُوزَ العاما

وهذا في حق الرشداء الذِين باعوا عن أنفسهم، وكذلك فيما باعوه عن غيرهم بالوكالة، وسكت الموكل حتى مضت السنة، وأما فيما بيع على المحجور وبقي على حجره إلى الآن، فقام عقِب رُشده وبِفوره، فله القيامُ فيما باعه وليه عنه، حيث كان البيع صفقة وأمضاه الولي والحاكم. وإذا كان له القِيام فله الرجوع في نصيبه إذا كان المبيع قائما لم يَفُتْ، ولا شفعة له في غيره كما نص عليه ابن رشد، فإن كان المبيع قد فات ببناء أو هدم أو غرس أو قلع أو خروج عن يد، فلا سبيل إلى الرجوع في عَيْن شيئِه، وإنما له الرجوع بما غبن فيه من الثمَن، فيكون له ما بين

القيمتين. قال ابن رشد : لِأنه بيعٌ جائز فيه غبن على من بيع عليه، وليس بفاسد. وقد قيل : إنه يوفى للمبتاع تمام القيمة، ولا يرد البيع وإن لم يفت، والله أعلم. وكتب عبد الله تعالى محمد الطالب بن سودة تغمَّده الله برحمته. (هـ) من خطه.

وسئل : من يتسمى عن البيع المحتوي على غبن، إذا قلنا بالرَّد على ما به العمل، هل يفوت بالبيع أم لا ؟

فأجاب بأنه يفوت به كما لابن رُشد وغيره، ثم تجرأ بعض طلبة البادية، فقال : إن البيع يُفيت القيام بالغبن بحيث لا يبقى سبيل للنقض ولا رجوع لما بين القيمة والثمن، ونسب ذلك لابن رُشد، وتبِعه علي ذلك بعض فقهاء الحضرة، ثم رفعت النازلةِ لسيدي التّاودي لينظرَ فيها، فوقَّع تحتها ما صُوَّرْتُهُ من خطِّه بواسطة :

الحمد لله، ما ذكِر صدْرَ الجواب من أن بيع الغبن لا يُنقَضُ إذا فات المبيع بخروجه من يد مشتريه ببيع، صحيحٌ. كما صرح به ابن رُشد وابن سلَمون وغيرهما. وأما قوله ثانيا (أعني المجيب ومن تبعه)، إن القيام بالغبن يفوت بالبيع فغير صحيح، ولم يقله ابن رشد في أجوبته : لا تصريحا ولا تلويحا، بل صرَّح بخلافه. وأن المشتري يرد من البيع بالغبن ما كان قائما وباقيا لم يفت ويعطِي تمام القيمة فيما خرج من يده وفات ببيع. ونص ابن رُشد في أجوبته عن أيتام باع وصيهم بعد إثبات الموجبات لشريكهم، ثم باع الشريك نصف الملك، ثم قامت بنت منهم بالغبن عليها وعلى إخوتها. فقال : تصفحت السؤال ووقفت عليه، وإذا كان الأمر على ما وصفته فيه، فالواجب للقائمة أن تنقض البيع في نصف حصَّتها من الأملاك فتأخذه من يد المبتاع من الوصي، ويكون لها في النصف الثاني ما زادت قيمته يوم البيع على الثمن الذي وقع البيع به لفواته بالبيع. (هـ) المراد منه. فصرَّح بأن الذي يفوت بالبيع هو الرد بسبب الغبن لا القيام به، بل يتعين فيه الرجوع للقيمة. وصرَّح بذلك أيضا ابن سلمون قائلا : فإن فات المبيع فليس إلا ما بين القيمة والثمن الذي وقع به البيع باتفاق. (هـ). ونقل الحطاب كلام الأجوبة على

اختصار ابن عرفة وهو صحيح، لكن قوله بعده : وتحصل من هذا أن الراجح من الأقوال أن للقائم بالغبن نقض البيع في قيام السلعة، وأما مع فواتها فلا نقض، **والقيام بالغبنّ يفوت بالبيع.** (هـ). **فَوَهِمَ، فيجب تأويله على معنى :**

والقيام في نقض البيع بسبب الغبن يفوت بالبيع كما يقتضيه ما قبله، وإلا فهو غير صحيح، إذ ليس فيما نقله من كلام ابن عرفة ما يفيد ذلك، بل الموجود فيه، وفي الأصل ما هو نص في ضده، والله الهادي إلى الصواب. وكتب عبد الله تعالى محمد التّاودي بن سودة تغمَّده الله برحمته آمين. (هـ).

وسئل أيضا رحمه الله، عمَّن بينه وبين غيره جنان مشترَك أرباعا، لأحدهما ربعه وللآخر مَا بقي، وأكثره بياض عارٍ عن الأشجار، وقسَمُوه قسمة استغلال في البياض، وأكرى صاحب الثلاثة أرباع جميع نصيبه لشخص، وأعطى جميع أشجار الجنان المذكور للمكتري مساقاةً، فأراد صاحب الربُع أن يضم تلك المساقاةَ التي وقعت في الأشجار ويأخذها لنفسه، فهل يكون له الضَّم.

فأجاب : الحمد لله، الجواب أنه ليس لِصاحب الربع أن يضمَّ، وله أن يرد ما فعله شريكه بالنسبة لنصيبه الذي هو الربع، فيعمل فيه بنفسه أو يعطيه لمن شاء، لأن المساقاة إجارة للعامل بجزء من الثمرة التي ستوجد، ولذا قالوا : إنها مستثناة من الإجارة بمجهول، هذا الذي عوَّل عليه ابن عرفة في تعريفها، إذ قال : عقد على عمَلِ مؤنة النبات بقدرٍ لا من غيرِ غلته، لا بلفظ بيع أو إجارة أو جُعْل. (هـ). وإن قيل انها مستثناةٌ من بيع الثمرة قبل بُدوِّ صلاحها فلا عبرة به هنا، والله أعلم. (هـ).

نـوازِل المضْغُــوط

سُئل سيدي أحمد العبّاسي عن أناس يُخاف منهم لحالهم ودعوتهم، وجرِّب ذلك مرارا عند الناس، باعوا لرجل زرعا ثم قالوا للمشتري : طلبنا منك الإقالة، فأقالهم دون رِضاه لما يعلم من حالهم، فباعوا الزرع لغيره وهو في يد المشتري الأول، ولم يمكنوه للثاني، وفات في يد الأول وطلبه الثاني، هل له في ذلك أم لا ؟

فأجاب من شروط لزوم البيع وغيره الطَّوع، فإن ثبت الإكراه فلا يلزم ما عقد لأجله، وشراء ما فيه خصومة مفسوخ. والله أعلم. (هـ) من أجوبته.

وسئل بعض الفقهاء بما نصه : سيدي، جوابكم في مسألة رجل الزمه المخزن جُعْلًا لغير واجب، فباع متاعه في ذلك، فهل سيدي هذا ضغط، ويُرُدُّ المِلك إلى ربه أم لا ؟ وإذا قلتم بذلك، هل بثمن أو بلا ثمن ؟ جوابا شافيا.

فأجاب : إن كان الأمرُ كما ذكرتم، فهي مسألة المضغوط الذي قال فيه ابن القاسم ببطلان بيعه، ويكون له مِلْك من غير ثمن. خَ : «ورد عليه بلا ثمن» (أي يرد مِلْكه من غير تأدية ثمن)، ولكن غرم ثمنه أولى وأليق خلافا للسيوري. (هـ). ثم زاد في التقييد المذكور إثر هذا الجواب، ناقلا من أحكام ابن بطّال ما نصه :

قلت : فالرجل يُضْغَطُ من غير حق فيُرهَن ويعذِّب، فتبيع امرأته أو ولده أو والده أو قريبه متاعَ نفسه في افتكاكه مما هو فيه، هل له رجوع بعد ذلك فيما باع بمنزلة ما باع المضغوط ؟ قال : وبيعه ماضٍ، لأنه كان لو شاء أن لا يبيع متاعه على تلك الحال لم يُكره عليه، وله أجر ما احتسب. وقال محمد بْن عبد الحكم وأصبغ مثله سواء. (هـ).

الحمد لله، لمّا وردَ الأمر من السلطان سيدي محمد بن عبد الله على مسائل ثلاث :

ـــ إحداها : الأملاك التي كانت بيد من كان يتصرف في الأمور المخزنية كالولاة وشبههم، هل للإمام منعهم ومنعُ وارثهم بعدهم من التصرف فيما بأيديهم من الأملاك لتمحض ذلك لبيت المال، واستغراق ذمتهم لما تحصل بأيديهم من الأموال مع اختلاف وجه دخولها، وعلى تقدير وقوع البيع منه أو من وارثه، هل للإمام رده لصدور ذلك من غير مالك له.

ـــ الثانية : بيع الأملاك المنسوبة لبيت المال المنجرَّة إليه بالإرث، هل يرد البيع الواقع من النائب فيها لعدم جعل المنوب عنه الأمر بالبيع، وعلى تقدير إذنه، فهل يحتاج إلى إثبات الشروط المقررة في بيع ملك المحجور مراعاة لنقل أملاك بيت المال كمِلك المحجور.

ـــ الثالثة : الأملاك المحبَّسة على المساجد وغيرها، هل يسوغ تقويمها بمعارضة تامَّة أم لا ؟ أجيبوا جوابا شافيا والسلام.

الحمد لله، الجوابُ عَنْ المسألة الأولى :

أمَّا مُا وُجِدَ من الأملاك بيد العمال الذين لم يكن لهم مالٌ إلا مما اكتسبوه بطريق الظلم والتَّعدي، فللإمام أن ينزعه منهم ويضمّه لبيت المال إن لم تُعْرَفْ أربابه وإلا ردِّه عليهم، وكذلك ما وجد بيد ورثة العمال المذكورين.

وأما ما أخرجوه عن مِلكهم وأفاتوه بالبيع هم أو وارثهم، فإنه يمضي بِبيعه ولا سبيل إلى نقضه. قال المواق : وعلى هذا صدرت فتيا ابن رشد في العمَّال الظلَمة، أنه يضم ما وجد لهم لبيت المال. قال : وأما ما فات ببيع فلا سبيلَ لنقضه. (هـ). وعبارة البرزلي عن ابن رُشد : من ثبَتَ أمره بشهادة قاطعة وجب ضم ما وجده لبيت المال، وكذلك ما وجد بيد وارثه، وأما ما فات ببيع منه، فلا سبيل لأحد عليه لفوته بالبيع. قال البرزلي : قلت : وهو الجاري على فتوى ابن أحمد بن حمدان.

قال المواق : وفي نوازل ابن الحاج فيما باعه بنو عبّاد، قال : لا يصح فسخ البيع فيه، لا سيما وقد مرت عليه السنون، في بعضه مساقاة، وانعقدت عليه

أنكحة، وفاتت بيوعات وأنواع من الفوات.

قال البرزلي : والبحث في هذَا يؤدِي إلى تضييع كَثِير من أموال الرعية والتعرض لهم، ثم قال : والذِي يليق به، كل ما بيع من بيت المال أوْ بَا عَ العمّال من أموالهم أو ما وُلّوا عليه، فالصواب أن لا يتعرض له ولا ينظر فيه، وإن كانوا غير عدول، لأن في ذلك فتحَ باب يعسر سده في البحث في أموال الناس، لكثرة هذا الواقع. وقد أشار إلى ذلك الشيخ الزاهدُ الوَلي الراوية شيخنا البطريني رحمه الله، حين أراد ابن الحكيم القيام في الحمام المنسوب إلى أبيهم، وهو من تحبيس الشيخ ابن تافرحين على مدرسته، فقال : إذا اقيم بِنقضٍ هذا أو بحِثَ فيه لم تبق معاملة للملوك إلا ويتعرض لها، فزجر القائِمَ المذكور أمير المسلمين أبو العبّاس وشدد في ذلك، فانقطع حينئذ طلبه، وهو الذي فعله ابن حمدان وهو الصواب الأسَدُّ في حق العامَّة والخاصَّة. (هـ). وهذا الذي أُدِين الله به وأتقلده.

وعن المسألة الثانية : أن ما باعه ناظر الميراث من غير أن يجعل له ذلك، فللإمام أن يُمضيه أو يرده، ولابُدَّ في بيعه مع الإذن له فيه من السداد والصواب، وبيت المال أحق ما يحتاط له كما في المّواق عن المتيطي، وقد عقد في ذلك وثيقة.

وعن المسألة الثالثة : أن الحبس القائم المنتفع به فيما حبس عليه، لا يجوز بيعه بحال، فإن وقع رُدَّ بيعه، ومشتريه إن عَلِم واشترى كالغاصب، يرد الغلة وما خرب منه وتعذرت منفعته، فقال ابن عرفة عن المدوَّنة وغيرها : يمنع بيع ما خرب من رَبْع حبس. قال ابن الجهم : لأنه يوجد من يصلحه بإجارة سنين، فيعود كما كان. وفي المدوَّنة لربيعة : أن الإمام يبيعه إذا رأى ذلك، لخرابه. وقال ابن رشد : إن كانت هذه القطعة من الأرض المحبَّسة انقطعت منفعتها جملة، فلا بأس بالمعاوضة فيها، ويكون ذلك بحكم القاضي بعد إثبات الموجبات والغبطة في ذلك العِوض. (هـ). وبهذا، أعني جواز المعاوضة في الربع الخرب بصحيح غير خرب جرى العمل. وأفتى ابن لب الجواز بيع طراز حبُسٌ تداعى للسقوط ويضر بحيطان الجيران. قال : ويعوض بثمنه حبُسٌ غيره، ولا عمل عندنا عَلَى هذا. قال في شرح العمليات : وأما بيع الحبُس بالثمن فلم يَجْرِ به العمل، (بل جرى به العمل

أيضا كما في مجالس المكناسي، ونظمه في العمل المطلق)، ولم نره وقع ببلدنا فيما أدركنا، ولا ما أدرك من كان قبلنا، والله أعلم. وكتب عبد الله تعالى محمد التَّاودي.

وبعده، الحمد لله، الجواب أعلاه عن المسائل الثلاث صحيح وموافق للنقل، ويكفي في ذلك ما نَقَله الموّاق. وكتب محمد بن الحسن بناني. (هـ).

ومن نوازل مارونة، أن الفشتالي قاضي فاس كان يفتي بالشاذ في مسألة المضغوط، ويعتل له بمثل ما ذكرت، وبهذا علل صاحب القول قوله. فقال : بيع المضغوط أحق باللزوم من بيع غيره، لأنه أنْجَى به نفسه، والقول لا شك قوي الدليل.

ومنها بعده أن المشهور خلافه. قلت : والمعمول به ما اشتراه الغاصب أو أعوانه فإنه يرجع عليهم بالغلَّة. (هـ).

ومنها أن أحد هؤلاء القوم (يعني الوُلَاة أو الغصاب) أراد أن يستودعه مائة دينار، وذكر أنه لا يجد منه بدا. فقال ابن الممسي : يا أخي، إن كنت تقدر على عزمها فتأخذها منه وتتصدق بها على الفقراء والمساكين، فإن سألك فيها غرمتها له. ثم ذكر له أن أصحاب سحنون سئلوا في كائنة تونس أن رجلا ذهب له فيها شيء، وذهب له فيما ذهب له ثوب ديباج، فرآه يوما في يد جندي فلم يشك أنه ثوبه، فاشتراه منه بسبعة دنانير ثم مضى بالثوب، فلمّا فتحه إذا هو غَيْرُ ثوبه. قال : يرجع إلى الجندي. فقال : يا هذا، إنما ظننت أنه ثوبي فلذلك اشتريته. فقال له : لا عليك، فرد الجندي يده إلى منطقته فصب منها دنانير، فعدَّ منها سبعة دنانير وأعطاها له وانصرف. قال : فلم يختلف عليه أحد من أصحاب سحنون، أن عليه أن يتصدق بالدَّنانير وبقيمة الثوب أيضا. قال الشيخ : رُدَّ الثوب إلى غير مالكه. (هـ). والتصدق بالسبعة الدنانير ورَع فقط، لما مر أن النقود لا تتعيّن، وأَمْرُهُ بالتصدق بالمائة على الفقراء والمساكين، وبالتصدق بقيمة الثوب يحمل على أنه منع من دفعها لبيت المال مانع لما مر، أو على أن الغرم في المسألتين من باب الورَع يخِفّ فيه وجوب الدفع إلى السلطان، ويؤيد هذا ما

سيأتي قريبا عن المعيار. ثم قال الحطّاب :

فرع. في كتاب الغسل من المدوَّنة : ومن غصب شيئا ثم أودعه فهلك عند المودَع، فليس لربه تضمين المودَع إلا أن يتعدى. (هـ). ومن التَّعدي علم المودَع بالغصب وقصدُ إخفائه للغاصب. وفي الموّاق : ونقل عياض في مداركه، أن دُرَّة جليلة خرجت من دار السلطان ببغداد لبعض الأمراء ووصلت مجلس القاضي اسماعيل، فاستحسنها كل من حضر، وجعل يقلبها، وفي المجلس رجل من أصحاب سحنون، فلم يمد يدَهُ إليها وامتنع من تقليبها. فقال له القاضي اسماعيل : أخبرني لِمَ لَمْ تفعل، وكأنه فهم مراده. فقال : هي لغير مالكها، وحكمها حكم اللقطة، يَلزَمُ ضمانُها ملتقطَها حتى يؤديها لمالكها، فلو أخذتها لضمنتها، ونحو هذا من الكلام، فاستحسنه القاضي، ودلَّ على فضل قائله. ثم قال : وعلى هذا صدرت فتيا ابن رشد في العمال الظلَمة، أنه يضم ما وجد لهم لبيت المال. قال : وأما ما فات ببيع، فلا سبيل لأحد عليه لفوته. (هـ).

فقوله : ما وجد لهم، شامل لما أودعوه، ولما لهم من دين على غيرهم. ثم قال الموّاق : وعرف عياض بعبد الجبار المشهور بالورع أنه دفع إليه جندي فرسه فركبه فنظر إليه أصحابه، فقال : مالكُم، إمَّا ورعٌ نقص وإما علم زاد. قال بعضهم : ولعله تصدق بقدر انتفاعه به، كما فعل ابن مجاهد، عرف عياض به أيضا، وكان من أهل الورع. قال : ذهب إلى أبي عبيد ليزوره بالزهراء، وكان صديقه فدعاه إلى الأكل، فأكل وليس له مال إلّا من مال السلطان، فقيل لابن مجاهد في ذلك، فقال : لو أمسكت عن طعامه لكان جفاء عليه. وقد قومت ما أكلت وأجمعت على الصدقة به، وثواب ذلك لصاحبه، ورأيت هذا أفضل من الشهرة والجفاء على الرجل. (هـ). والاكتفاء بالصدقة في هذا لأنه محض ورَع.

وفي المعيار، سئل عن عامل السلطان، الجائرِ الظَّالم، يأخذ العشر يأكله ويُغرم الناس بلا حق، فأودع ذلك المال عندي، ففعلت ذلك.

فأجاب : إن أكرهك على الإيداع ولم تقدر على الامتناع، وأكرهك على

الأخذ منه، لم يلزمك غرم، والمقام في بلد لا بد فيه من هذا غيْرُ صواب. (هـ). وقال في نوازل اللقطة : وقد تقدم للصائغ فيمن أودعت عنده وديعة من مستغرق الذمة وخاف«له أخذ شيء منها للفقراء فليفعل، ويأخذ منه ولا غضاضة عليه في ذلك. (هـ). وهذا فيمن خاف من رفعها إلى الإمام قطعا، وتأمَّل هذه النقول فإن في بعضها تضييقا وفي بعضها بعض توسعة. وكلّ يعمل على شاكلته، والله أعلم. (هـ) من خط شيخنا سيدي الطيب ابن كيران رحمه الله بمنه آمين.

وعقبه تصحيح شيخنا المفتي سيدي محمد بن ابراهيم، ونص المراد منه، وحاصله : أنه يحرم على مرابطي هذا الزمان ومشيخته أن يقبلوا ودائع مستغرقي الذمة والعمّال، وإذا وقع ونزل وقبِلوها وجب عليهم أن يمكنوا صاحبها منها إذا عرفوه وإلا دفعوها لمن ولّاه الله أمر المسلمين، ولا يردوها للمودِع ولا لوارثه، فإن رَدُّوها لهم ضمنوها، كما صرَّح به الشيخ ابن عرفة وغيرُه. وقال خليل في جامعه : ولا تجوز وصايا المتسلطين بالظلم، المستغرقي الذمة، ولا تورث أمواهم، ويسلك بها سبيل ما أفاء الله. (هـ). وقال البرزلي في نوازله : لم تجر عادة فقهاء تونس بقبول ودائع الظلَمة. (هـ). فمن تصرف منهم فيها بغير ردها الى مستحقها ممن ذكر كان خائنا، ولا يخرجه عن الخيانة ما يدَّعي من أنه يطعمها لن يرد على زاويته من الضيفان والفقراء، ولا سَيما إن كان على الوجه الذي يكون عليه في الغالب من السَّماع والرقص. (هـ) المراد منه.

وبعده الحمد لله، ما رسم في الأوراق يُمْنَتَه، صحيح. ففي المعيار أواسط سفر المعاوضات من جواب للإمام القوري : إنَّ جميع ما اكتسبه مَنْ هذه صِفتُه ليس بمال له، ولا يحل له التصرف فيه إلا بالخروج عنه من التفصي عن عهدته، وايصاله لمستحقِّه، فإذا لم يؤمن لذلك وأقدر الله عليه من ولّاه الله أمر المسلمين، فالمتعين على من بيده شيء من ذلك أن يدفعه للسلطان ليضعه موضعه ويصرفه مَصْرفه، فمن فعل ذلك خرج من عهدة المال وأمن من تبِعاته، ووضع الوديعة موضعه. (هـ) المراد منه. وقد نص ابن رُشد وابن عرفة والمواق، صَدْرَ باب الفلَس من المختصَر على أن للسلطان النظر في أموال العمال الظلمة وانتزاعها ممن كانت

لديه مؤتمنة، وتُضَم لبيت المال ولو كان المودع من أهل الخصوصية. قال ابن هلال في نوازله الصغرى : مَنْ قَبِل ايداع مغصوب من غاصب عالِماً بكونه مغصوبا، فإن المودَع يكون حكمه حكم الغاصب، وبذلك صرح الأشياخ في كتاب الغصب من المدونة، قالوا : وسواء كان الشيء المغصوب لمالك معيِّن أم لا، وكذلك لا يجوز لأحد قبول أموال الظلَمة، ثم نقل ما ذكره عياض في مداركه. وقال الحطّاب في صدر البيوع : إذا كان العامل مشهورا بالظلم للناس وأخذِ أموالهم، فعلى السلطان أن يأخذ جميعَ ما ظلَم فيه ويردَّهُ على أربابه. وقال ابن رُشد في البيان والمقدمات والأجوبة، وتبعه ابن سلمون في فصل التوارث، وابن عبد السلام والشاطبي وغيرهم ما نصه : المال الحرام إن كان قائما بعينه وجب رده إلى أربابه أو إلى ورثته إن عُلِموا، وإلا فحكمه حكم الفيء يوضع في أهم أمور المسلمين، ولا يحل لمن هو بيده أن يتركه عنده، ولا لأحد أن يشتريه منه، ولا يبايعه فيه إن كان عينا، ولا يقبله إن كان طعاما، ولا ياخذه في حق له عليه، ولا يقبله هبة ولا يرثه ممن تركه. ومن فعل شيئا، وهو عالم، كان سبيله سبيل الغاصب في جميع أمواله. (هـ). وعليه فلا مستنَدَ للمرابطين فيما قبلوه وديعة من أموال الظلَمة، على أنهم عند التحقيق لا يقصدون المساكين والطلبة من حيث هُم مساكين محتاجون، وإنما يقصدون إقامة جاههم وأُبَّهتهم وجمع القلوب عليهم، كما ذلك ظاهر من أحوالهم، ولا يمكنهم إنكاره. قال السرقسطي في شرح المباحث الأصلية ما نصه : طعام أهل الزوايا إن كان لطلب الجاه والصيت واستجلاب القلوب فهو حرام كالميتة، وإن كان لله فجائز أكله، وعلامته تقديم المساكين والمستحقين على غيرهم، والبدءُ بالضعيف والوارد والغريبِ والشيخ الكبير والطفل الصغير وذو العَيْلة والمريض وما أشبه ذلك. (هـ). وقال بعض الأكابر : والدليل على أن إطعامهم لمن يَرِد على زواياهم مما لم يقصد به وجه الله ولا مواساة الفقير من حيث هو فقير وضعيف، أنه لو قيل لواحد منهم : تصدق بذلك، وأطعِمه للضعفاء والفقراء في غير الزاوية لشق عليه ذلك ولا يفعله، فهو في صرف ماله من الأخسرين أعمالا، الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهو يَحْسِبون أنهم يُحسنون صنعا. فالله تعالى يلهمنا رشَدَنا، ويوفقنا لما فيه رضاه عنا، فبيده الهداية والتوفيق،

ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وكتب عبيد ربه محمد العربي الزرهوني، تغمده الله برحمته آمين.

ووقع السؤال من أمير المؤمنين مولانا سليمان عن مرابطي الوقت يستودعهم العمّال الظلَمة بعضَ الأموال التي غصَبوها على وجه الظلم والتَّعدي، وقصْدُهم بإيداعها عندهم إخفاؤها عن السلطان بحيث إن عزلوا أو ماتوا استردّوها هم أو ورثتهم.

فأجاب شيخنا سيدي الطيب بن كيران بما نصه :

الحمد لله، أموال العمّال التي اكتسبوها بخطَّتهم وولايتهم، محلها بيت مال المسلمين بمنزلة ما جلبوه بجبايتهم كما قاله غير واحد، كابن رُشد وابن الحاج وابن عبد السلام وابن عرفة وابن سلمون وصاحب التوضيح. ونص ابن عرفة وابن حبيب : للإمام أخذ ما أفاده العمّال ويضمه إلى ما جبوه، قال : وكل ما أفاده الوالي من مَال سوى رزقه في عمله، أو قاض في قضائه، أو متَول أمرا، من مسلم، فللإمام أخذُه للمسلمين. وكان عمر رضي الله عنه، إذا ولَّى أحدا يحصي ماله لينظر ما يزيد. ولذا شاطر العمّال أموالهم حيث كثُرتْ، وعجز عن تمييز ما زادوه بعد الولاية، قاله مالك. (هـ). وفي الموّاق ما نصه : ومن وثائق ابن سلمون : للإمام أن ياخذ ما أفاده العمّال، كما فعله رسول الله ﷺ : أخذ من العامل الهدية الذي قال : هذَا أهدِي لي. وقال : هلّا جلس في بيت أبيه وأمِّه فينظر ما يُهْدَى له. وقد فعله الصديق. قال ابن حبيب : فكل ما استفاده والٍ سوى رزقه أو قاض في قضائه، فللإمام أخذه منه للملسمين، وقاله مالك. وشاطرَ عمرُ أبا هريرة وأبا موسى وغيرهما. وانظر قضيته رضي الله عنه حين شاطر ابنيه في الربح الذي ربحاه فيما سَلَّفهما أبو موسى. (هـ).

وأما إيداع العامل المضروب على يده، فقال ابن الحاجب : شرْطهما كالوكيل والموكل التوضيح، أي شرط المودِع والمودَع، فالمودِع كالموكِل والمودَع كالوكيل، ومعنى ذلك، من جاز له أن يتصرف لنفسه ولغيره، فله أن يودِع ويودَع

عنده. (هـ). وفي حَ عن ابن عرفة في الوديعة ما نصه : وقد تعرض حرمتها كمودَع شيء غصبه ولا يقدر القابل على جَحْدِها ليردها لربها أو الفقراء إن كان المودِع مستغرِق الذمَّة، ولذا ذكر عياض في مداركه عن بعض الشيوخ أن من قبل وديعة من مستغرِق الذمَّة، ثم ردها إليه، ضِمنها للفقراء. (هـ). وما ذكره من ردها للفقراء إن كان مودعها مستغرق الذمَّة يعني ولم يُعْرَفْ صاحبها المظلوم بها إنما هو فيما إذا لم يطالبه بها السلطان وخاف برفعها إليه ونحو ذلك، وإلَّا فظاهر أنه لا فرق بينها وبين غيرها مما يضمه السلطان لبيت مال المسلمين مما بِيد هذا المستغرق الذمَّة، لأنه إذا لم يتعين المغصوب منه، فهو مال جُهِلَتْ أربابه، وهو من الجهات التي يَعْمُر بها بيت المال، كما في فتيا ابن جماعة، إذ قال : ومال ضل صاحبه. فصار الإمام القيم على بيت المال أو الناظر فيه بعد جهل الْمظلوم بها هو الأصل الثاني الذي تؤدى إليه. «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها». «ياأيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسولَ وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون». «فإِن أمِن بعضكم بعضا فليؤد الذي ائتمن أمانته وليتق الله ربه». وفي الحديث الصَّحيح : ثلاث من كنَّ فيه كان منافقا خالصا، إذا حدَّث كذب، وإذا خاصم فجر، وإذا ائتمن خان ومما يدل على أن السلطان أحق بها وأنه يجب تأديتها إليه إذا طلبها ما ذكروه فيما خلفه الولاة الظلمة. ففي المواق ما نصه في طرر ابن عات، فيمن عمل للسلطان فظلم الناس أو كان قاهرا غاصبا أو قاطعاً للسبيل أو سارقا أو تاجرا عمل بالرِبى ثم مرض وأراد التمخي مما نال من ذلك. وقال في مرضه : إني نلت من أموال الناس أكثر من جميع مالي، فأنا أوصي بجميع مالي. قال : فأفتى بعض فقهاء الشورى : إن أبى الورثة ذلك فليس للفقراء إلا الثلث خاصة، وكان ينبغي أن يفعل ذلك في صحته إلا إن سمى طالبا معينا، وقام ذلك الرجل يطالب بذلك كالدين. (هـ). قال المواق : وانظر إن قام السلطان على مثل هذا، فتقدم في فتيا ابن رشد أنه كالطالب المعين، إلّا إن كان ما باع مضى. ونحو هذا قبل الثلث الآخر من نوازل ابن سهل، ترجم على ذلك بقوله : الشورى فيما خلفه ابن السقاقيم دولة ابن جهون، وأنه لما ثبتت استطالته في الأموال بغير حق، وتباهت وفره يوم النظر في أموال المسلمين. فأفتى ابن عتاب وابن هذيل وابن مالك، أن جميع

متخلّفه للمسلمين. ومن نوازل ابن الحاج : ما تركه مستغرِق الذمَّة لبيت المال لا حق فيه للغرماء، فإن كان في تركته أكثر ضرب الغرماء فيما يبقى بعد أخذ بيت المال ما يجب لَه. (هـ). وقال قبل هذا :

وقد سئل الشيخ أبو محمد بن أبي زيد عمَّن هلك وترك مالا حراما فقال ما نصه : أجاز وِراثته ابنُ شهاب والحسن البصري، وأباهُ القاسِمُ وغيرُه، وفرق مالك بين أن يكون يُعرَف أهله فيُرَدُّ إليهم، وإن لم يُعرَف أهله، فلا يقضى على الورثة بأن يتصدقوا به، لكن ينبغي لهم ذلك. (هـ). وهذا أيضا مع عدم مطالبة السلطان به. ونقل قبل عن الإحياء ما نصه : لا يجوز لك أن تسرق مال ظالم ولا أن تخفي وديعته وتفرق ذلك على الفقراء، لأن من المحتمل أن يكون ذلك قد حصل له بشراء في ذِمَّته، فإن كون ذلك في ذمَّته تحت يده دليل على ذلك. (هـ).

ثم ذكر الموّاق أنّ مذهبنا أنه يملك ما اشترى مطلقا إذا لم يكره البائع على البيع. ونقل عن المدوَّنة ما نصه : فإن كان قد اشترى ذلك الشقص بدنانير أو دراهم مغصوبة، فلك أن تشفع في ذلك الشقص، لأن الدّنانير والدَّراهم لا تتعين، وإذا قام عليها صاحبها أتبعه بها، ولا ينقض البيع، بخلاف ما إذا اشترى الشقص بعبد مغصوب فلا شفعة لك حتى يفوت العبد ويتعلق بذمَّته. (هـ).

وأجاب من سيسمّى عن بيع المضغوط بما نصه :

الحمد لله، تضمن الرسم بيد الخصم الشهادة بأمور :

منها أنه كان محبوسا ظلما في شيء لا يلزمه شرعا، ومنها أنه كُلِّفَ بيعَ داره قهرا ليؤخذ ثمنها في المظلمة، بل كلف بإمضاء البيع الواقع من وكيل الباشا الذي قهره وألزمه المغرَم المذكور، ومنها أنه كان استرعَى الشهود الملتقى معهم قبل إمضاء البيع على ذلك الإمضاء، ومنها أن المشتري المذكور كان عالما بالقهر والضغط، ومنها أن الثمن لم يأخذه المكره المذكور، وإنما حاسب به المشتري الباشا المذكور فيما كان له في ذمته عادًّا العِدة المذكورة في الرسم، فإذا ثبت هذا كما يجب، فبيع

الدار المذكورة غير لازم لِلشاري المذكور إجماعا، ولا يدخله الخلاف الذي في بيع المضغوط.

أما أولا، فإنه لم يبع، بل البائع الضاغط له، ولكنه أمضى البيع كرها.

وأما ثانيا، فإنه استرعى قبل ذلك مع ثبوت التقية، والاسترعاءُ معها نافع.

وأما ثالثا، فإن من أكره على نفس البيع لا يلزمه.

قال الحطّاب : واعلم أن من أكره على البيع لا يلزمه البيع بإجماع. (هـ). قال ابن رشد في نوازله : ومجرد السجن عند أهل العلم إكراه، فكيف إذا كان يخاف عليه غيرَه. وإذا تقرر هذا، فللمكره المذكور أن يرد داره من غير شيء، فلا يلزمه رد الثمن. قال ابن رُشد حسبما نقله الحطّاب ما نصه : وسواء وصل الثمن من المبتاع إلى المضغوط فدفعه المضغوط إلى الظالم أو جهل هل دفعه أو أدخله في منافعه أو كان الظالم هو الذي تولى قبضهُ من المبتاع، فللمضغوط في ذلك أن يأخذ ماله من المشتري أو ممن اشتراه من المشتري بغير ثمن، ويرجع المشتري الثاني على المشتري من المضغوط، والمشتري من المضغوط على الظالم، إلّا أن يعلم أن البائع أدخل الثمن في منافعه ولم يدفعه إلى الظالم، فلا يكون له إلى ذلك سبيل حتى يدفع الثمن إلى المشتري. قال ذلك كله ابن حبيب في الواضحة، وحكاه عن مُطرف وابن عبد الحكم وأصبغ. وللمضغوط أن يرجع في الغلة طول هذه المدَّة على من استغلها لعلم المشتري بالغصب. قال في التوضيح عن مطرف : ومن كان عالما بحال المضغوط فاشترى شيئا من متاعه فهو ضامن كالغاصب إلى قوله : وأما العالم لا غلة له. (هـ)، والله أعلم. وكتب عبد الله تعالى عمر بن عبد الله الفاسي لطف الله به آمين. (هـ) من خطه بواسطة بعض العلماء الأعيان.

وبعده الحمد لله، حاصل ما في الشهادة في الرسم المشار أعلاه أن الخصم بيعت عليه داره وهو في السجن في ثمن الزعفران الذي دفعه إليه الباشا بثمن زائد على قيمته، وبعد خروجه من السجن أمضى البيع مكرَها لمشتريها، وهذه الصورة لم يكره فيها على مجرد البيع الذي وقع الاجماع فيه على بطلانه، وإنما أكره على البيع لدفع المال، وهذا هو المضغوط. قال ناظم عمليات فاس في شرح قوله :

وبَيْــعُ مضغــوط له نفــوذ

هو المحبوس في مال فبيع متاعُه فيه، وظاهر عباراتهم أن اسم المضغوط خاص بهذا دون من أكره على البيع. ففي الحطّاب : ظاهر كلام ابن رشد إن التسمية باسم المضغوط خاصة بمن أكره على دفع مال فباع لذلك. وقال أيضا ناقلا عن البرزلي :

سئل ابْنُ أبي زيد عن المضغوط ما هو ؟

فأجابَ : من أكره في بيع رَبْع أو شيء بعينه أو في مال يؤخذ منه فباع لذلك. (هـ). وكلام ابن رشد في كتاب السلطان فيمن بيع عليه مالا يلزمه بيعه في مال تعديا، أنظره. وعلى كل حال فالبيع في النازلة ليس هو من قبيل بيع المضغوط في مال تعديا، إنما هو في بيع مال وجب على المضغوط، لأن الفرض أنه قبض الزعفران وما طلب إلا في ثمنه، ودعواه أن ما أخذه به زائد على قيمته، لا يجعله مضغوطا في دفع مال تعديا، لأن التعدي هو المدفوع لا عن عوض، فكان من المجيب أعلاه تأملَ القضية حقِّ تأملِ ليظهر له أنه ما أضغط في مجرد البيع ولا في مجرد التعدي، والله تعالى أعلم.

وكتبَ عبد القادر بن محمد السجلماسي وفقه الله بمنه. (هـ).

الحمد لله، نسخة المحتاج إليه من رسم، الحمد لله، في علم كاتبه أنه لمَّا قبض مولاي زيدَان فُلانا دفعت عنه بنت أخيه فُلانة فردة فجرة عن أربعين أوقية مع دمليج فجرة عن ست وعشرين أوقية، وزادت على ذلك ست أواق ونصف، كل ذلك على وجه السلف المردود الجاري بين المسلمين. وفي أواخر ربيع النبوي سنة عشر ومائة وألف، فُلان أدى فقبل بأنها دفعت عنه ولم تدفع له.

الحمد لله، يعرف شهوده فُلانا وهو المذكور أعلاه، ويشهدون مع ذلك أنه حين كان قبضه فُلان خديم مولانا زيدان ووظَّف عليه مالا وثقفه بموضع، وجعل عليه حراساً وكانوا يضربونه الضرب الوجيع ويعذبونه أنواع العذاب مثل الزيار برأسه والكتاف بيديه، وهو بتلك الحالة يمشي بين الديار والأزقة بيد العبيد والمنادي ينادي : أين المسلمون يعاونون هذا الرجل لوجه الله، فلما عاينوه بتلك الحالة

كانوا يرمون عليه حوائج، كل واحد على قدره من غير سلَف له قصْدا بذلك وجه الله العظيم، كل ذلك في علمهم، وقَيْدَ شهادتهم الآن أواسط جمادى الثانية عام اثنين وعشرين ومائة وألف.

الحمد لله، بعد أن تأمل كاتبه وفقه الله تعالى الرسمين المنتسخين أعلاه ظهر له أن ابنة الأخ المذكورة أعلاه لا ترجع على عمها بما دفعته إلا إن ثبت أنها دفعت ذلك في يده أو عن إذنه، وبينت له أن ذلك على وجه السلف، فإن ثبتت تلك الأمور كلها بموجب شرعي، فإنه يجب أن يرد لها ما اسلفته ولو كان حينئذ مضغوطا. قال التتائي على المختَصَرِ : وربما أشعر جبره على البيع أنه لو أجبر على إتيانه بضامن أو على السلف فضمنه انسان فتغيب فغرمه عنه أو أسلفه لرجع عليه وهو كذلك في السلف، قاله أصبغ، وهو المشهور، لأنه معروف. (هـ). ومثله في جـ عن التوضيح ونصه : وهذا بخلاف ما لو أخذ المضغوط ما ضغط فيه من رجل سلف. فقال أصبغ : يرجع عليه بما أسلفه، لأن السلف معروف. (هـ). وصريح الرسم الأول، أن المرأة إنما دفعت عنه ولم تدفع له، ومقتضى الرسم الثاني أن ذلك الدفع لاندراجه في العموم لم يكن بإذن المضغوط، ومقتضى العُرف والعادة أن من دفع له أو عنه شيئا وهو في تلك الحالة الشوهاء ولم يبين له الدّافع سلفا، فإنما يدفع له على وجه الهبة والصدقة لا على وجه السَّلف. وقد صرح الأئمة : أن الواهب إذا ادَّعى أنه وهب لطلب الثواب يصدَّق إن لم يشهد عرف بضده، وأنه إن شهد عُرف للموهوب له فإنه يصدق، وأي عرف أقوى من نحو حالة الضغط أعلاه، فكيف يتأتى مع تلك الحالة دعوى السلف أو أن الهبة للثواب ؟.

الحاصل أن من دفع مالا لفكاك المضغوط لا يخلو إما أن يدفع بيده أو بإذنه لضاغطه أو بغير إذنه، وكل من الأحوال الثلاثة، إما أن يبين للمضغوط أن ذلك على وجه السلف أو الصدقة مثلا أو لا يبين شيئا، فهذه ثلاثة أحوال تضرب في الأولِ. الخارجُ تسعُ صور يرجع الدافع على المضغوط في صورتين، منها، وهو ما إذا دفع بيده أو عن إذنه وبيَّن له فيها أن ذلك على وجه السلف، ولا يرجع عليه

في باقي الصور، يُظهر ذلك بالتأمل، والله تعالى أعلم. وكتب محمد بن محمد بن حمدون بناني وفقه الله تعالى بمنه. (هـ).

قلت : وفي المعيار ما نصه :

وسئل سيدي قاسم العقباني عمَّن تحمل عن مضغوط،

فأجاب : إن كان الضمان بسؤال من المضمون ورغبةً منه، فحكمه حكم ما لو استسلف، والسلف لازم، فكذلك ما يؤديه الضامن، وإن كان الضامن هو الذي أتى المضغوط وابتدأ بالضمان كان الضامن جديرا بأن يخسر ما دفعه للظالم ولا يكون له الرجوع. (هـ).

وسئل سيدي سعيد العقباني عن مضغوط أسلفه شخص ما خلص به نفسه،

فأجاب : أنه يَغْرَمُ ما تسلف وخلّص به نفسه، هذا الذي اختاره، وفيها خلاف. (هـ).

ومن نوازل الزياتي أيضا ما نصه : ووجدت بخط بعض الفقهاء : الذي استمرت به الفتوى أن الهبات وسائر التبرعات من الرعية على من هو وال عليهم من القضاة ومن عداهم، مردودةٌ غير نافذة، لأنها ثمن جاههم، وذلك من باب الرشوة، فلتردّ الوصية إلى ورثة الموصِي، والله سبحانه أعلم. (هـ).

نــوازل القــرض

سُئل أبو عبد الله سيدي محمد الزواوي عن تسلف الجيران بعضهم من بعض بمكيال مجهول.

فأجاب : يجوز السَّلَف بالمكيال المعلوم والمجهول، وإنما المنعُ في غير المعلوم في البيع. اهـ. من نوازل مازونة.

وسُئل البرزلي عن سلف القمح اليابس والمبلول في هذه المجاعة الفادحة بشرط أخذ الجيد.

فأجاب بأنه يجوز، وقد أخذ من قوله في المدوَّنة في تسليف الزرع ليحصده ويدرسه، وكان شيخنا الإمام يفتي به ويعمل بأنه لو باعه وأسلف ثمنه لكان أكثر من سلفه، إنما هو محض منفعة للمتسلف، وبهذا أقول : إذا بلغ الحال إلى ما ذكرت وإن كنت أُستحسن أنه يتسلفه وينوي الدّافع أنه إن أتاه بمثله قبِلَه، فيكون إذا أعطاه جديدا حُسْنَ قضاء ويخرج من الخلاف، وإن أبى إلّا الشرط فهذه ضرورة تبيح المحظور، كما قال عبد الوهّاب : الضرورة تبيح الأشياء التي لا تباح، وهو رسم الأصوليين فيها أي ارتكاب المحظور لقيام الموجب للحاجة. (هـ). ومنها يجوز تسلف الزرع الأخضر أو الفول في وقت الحاجة وشدَّة المجاعة لما فيه من إحياء النفوس. (هـ) من جواب لابن محسود. (هـ).

وسُئل الشيخ سيدي محمد بن ناصر عمَّن استسلف من رجل شعيرا مثلا وتعذر رده من قِلة وقِدَم، هل يجوز رده من صنف آخر لم يتعاقدا عليه أو لا ؟ وهل يدفع قيمته دراهم أو الثوب إذا لم توجد الدراهم، وما الحكم في الأثواب والحِنّاء والدراهم والماشية وسائر الحيوان، إذا وقع فيه السَّلف وتعذر رد المثل، هل يجوز أخذ قيمته من طعام أو غيره من سائر الأشياء مع أنهما لم يشترطا ذلك يوم السَّلف. فإن قلتم بالجواز ، هل يجوز التأخير فيه أم لا ؟

فأجاب : يجوز ذلك كله إذا لم يؤخَّر، بل إذا قالوه فعلوه، وكذلك الحكم

في الزرع، ويجوز فيه التَّفاضل مع اختلاف الجنسين، وأخذ الزرع ببلد ليعطى مثله في بلد آخر لا يجوز، إلا أن يعم الخوف في الطريق، والله أعلم. (هـ).

وسُئل الشيخ سيدي ابراهيم ابن هلال عمَّن استسلف زرعا، هل يقضى عنه تمر أم لا ؟

فأجاب : الحمد لله، فإن كان الأمر في المسألة على ما ذكرتم وقبض الثمن قبل الافتراق عن الزرع المسلف فذَلك جائز ولا محذور فيه يبقى، ونص على هذه المسألة علماؤنا، والله تعالى أعلم.

وسُئل أيضا عن رجل أسلف زرعا فأراد أخذ زرعه، فوجد المتسلِفَ مُعْدما ولم يجد مايعطيه من الزرع فعملوا القيمة للزرع المسلَّف، وأخذ فيه بقرا أو غنما أو دراهم بيعا وشراء، فلما وجد الزرع في الصيف المقبل، قال للذي أخذ البقر : رد لي بقري وخذ زرعك، وأنت غصبتني حتى أعطيتك البقر، فهل له ذلك أم لا ؟

فأجاب : الحمد لله، إن كان الأمر كما وصفتم فقد تم البيع بينهما ونفذ ومضى، ولا سبيل لمعطي البقر إلى بقره ولا تردُّ عليه، ودعوى رب البقر الغصب لا تسمع ولا يلتفت إليها لأن الأصل الطواعية، هذا إن أراد بالغصب القهر والغلبة. وأما إن أراد بذلك كون رب الزرع ألحَّ عليه في الاقتضاء حتى أعطاه البقر وهو لا يحب ذلك بقلبه، ولو أمكنه أنْ لا يعطيه شيئا لم يعطه، فلا يلتفت إلى ذلك، والله سبحانه أعلم وبه التوفيق. (هـ).

ومن المعيار :

سُئل النووي رحمه الله عن رجل حبسه السلطان أو غيره من المعتدين ظلما، فبذل مالا لمن يتكلم في خلاصه بجاهه أو بغيره، هل يجوز ؟ وهل نص عليه أحد من العلماء ؟

فأجاب : نعم يجوز، وصَرَّح به جماعة، منهم القاضي حسين فى أول باب الربا من تعليقه، ونقله عن القفّال البارزي قال : هذه جَعالة مباحة. قال : وليس هو من باب الرشوة، بل هذا العِوَض حلال كسائر الجعالات. (هـ) من خط

الزياتي. (هـ).

وقد سُئل أيضا أبو عبد الله العبدوسي عمَّن يُجَوِّزُ الناس من المواضع المخوفة ويأخذ منه على ذلك.

فأجاب : ذلك جائز بشروط : أن يكون له جاه قوي بحيث لا يتجاسر عليه عادة، وأن يكون في مسيره معهم بقصد تجويزهم فقط لا لحاجة له، وأن يدخل معهم على أجرة معلومة أو يدخل على المسامحة بحيث يرضى بما يدفعون له. (هـ). وبه تعلم أن التحقيق أنه لا يمنع الأخذ على الجاه إلّا إذا كان الانسان يمنع غيره بجاهه من أمر يجب على ذي الجاه دفعه عنه بأن يكون من غير مشي ولا حركة. وأن قول خ : «وذي الجاه»، مقيدٌ بهذا أي من حيث جاهه فقط، كما إذا احترِم زيد مثلا بذي جاه ومنع من أجل احترامه، فهذا لا يحل له الأخذ من زيد، وكذا قول ابن عرفة : «تجوز المسألة للضرورة إن كان يحمي بسلاحه، فإن كان يحمي بجاهه فلا، لأنها ثمن الجاه. (هـ)». يجب أن يقيد بما ذكر. وبيانه أن ثمن الجاه إنما حرم لأنه من باب الأخذ على الواجب، ولا يجب على الانسان أن يذهب مع كل أحد. أنظر شرح أبي علي وتلميذه ابن عبد الصادق وحاشية بنّاني. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته.

نـوازل الـرَّهـــن

سؤال من حضرة مراكش، وأجوبةٌ ثلاثة لعلمائها :

الحمد لله وحده، ساداتِنا الأعلام ومصابيح الظلام، جوابكم عن رجل ابتاع سلعة من ربها لأجَل معلوم، وشرط عليه رب السلعة رهْن داره له في ذلك واستغلالَها بالسكنى أو الكراء خلال الأجل، فانعقد البيع بينهما على هذا الشرط، وحاز رب السلعة الدّار فاستغلها بالكراء خلال الأجل وبعده سنين عددا، ثم لمَّا حضر المدين من غيبته وطالبه رب الدين بما له عليه دفع لَهُ بعض ذلك، وأراد أن يقاصه بما استغل من الكراء بعد مُضي الأجل المضروب أولا، فهل له ذلك ؟ وإن قلتم به، فهل له محاسبة بزيادة السكَّة أم لا ؟

والجواب : الحمد لله، اجتمعت كلمة أهل المذهب على أن اشتراط منفعة الرَّهْن فيما تجوز فيه ككونها عن عقدة البيع، وفي غير الأشجار ودين السلف هو من اجتماع بيع وإجارة، فلذلك يجب تعيين الأجل لتلك المنفعة كمدة الكراء والاجارة بحيث إذا تمت مدَّة الاجارة رجعَ على المشترط في الزائد على تلك المدة حيث استغل كالمكتري والمستأجر لا فارق. نعم السكَّة تعتبر على المشهور الذي جرى به العمل بالصَّرف القديم ما دامت موجودة، وإلا فالقيمة يوم اجتماع الاستحقاق والعدم، وهذا فقد مسألة السؤال، فيقاص المرْتهن حينئذ بما استغله بعد انقضاء المدة التي اشترط لها. وكتب، والعلم لله، سعيد بن محمد حيمي، طف الله بمنه.

الحمد لله، صحيح أن اشتراط المنفعة في الرَّهْن بشروطه جائز. ففي المختصر : «وجاز شرط منفعته إن عينت ببيع لا قرض». قال شارحه الزرقاني : لأنه في البيع بيعٌ وإجارة وهو جائز. (هـ). وفي التحفة :

وجاز في الرهْن اشتراط المنفعة... الخ.

ولا إشكال في محاسبة المرْتهن بما زاد على المدة المشترطة، فيلزمه الكراء فيما

زاد عليها بحسب ما يقدره أهل المعرفة كما يحاسب بسكة التاريخ والصرف القديم، كما يدل على ذلك جواب ابن رشد الطويل، الذي نقله شروح المتن والتحفة وغيرهم. ونظمه صاحب العمل الفاسي بقوله :

والمشترِي إن استحالتْ سِكك   فبالقديم... الخ

قال شارحه : ولا مفهوم للمكتري بل سائر المعاملات والديون كذلك. (هـ) واللهُ أعلَمُ. وكتبه عبيد ربه محمد أزنيط كان الله له.

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه.

المفتَى به أعلاه من حكم نازلة السؤال، صحيح، والله أعلم. وكتبه عبد الوهاب لطف الله به. (هـ) من خطوطهم.

فأجبت : الحمد لله، لا مزيدَ على ما سطر أعلاه. ففي نوازل سيدي عبد الرحمان الحائك أنه سئل عمَّن له دَين على آخر برهْن إلى أجل بشرطه منفعته، فحلّ الدين وبقي المرْتهن يسكن مدة دون أن يعطِيَ شيئا من الكراء ودون أن يكون أخذ دينه، وطلب من مدينه أن يبرئه من ذلك الكراء فأبرأه منه، والضمائر منعقدة على أنه لتأخيره بدينه إلى أن مات وورثته يعلمون ذلك، وإذا قلتم بوجوب الكراء، فهل على نحو ما كان عليه أو لا ؟ أو على ما يقوله العارفون.

فأجاب : أنه إن كان الإبراء لأجل الإرجاء بالدين فإنه لا يجوز، لأن من أخَّر ما عجّلَ فإنه يعد مُسْلِفا اتفاقا كما في التوضيح، وعنه نقله أبو علي.

وفي المدونة قال ابن أبي سلمة : كل شيء كان لك على غريم، كان نقدا فلم تقبضه أو إلى أجل فحل الأجل أو لم يحل فأخرتَه به على إن زادك شيئا قلَّ أو كثُر فهو رِباً. (هـ). نقله القلشاني. وقال ابن سلمون : وإذا انقضت المدة وتمادى المكتري على السكنى والاعتمار في الدّار وغيرها، فهل يحاسَب بالكراء المتقدم أو بكراء المثل ؟ في ذلك قولان لابن القاسم. قال عنه عيسى : وكراء المثل أحبُّ إلي إلّا أن ينقص عن الكراء الأول، فيأخذ الكراء، وإن زاد فيحلف صاحبُها أنه لم يرض بالكراء الأول ويأخذه. (هـ). وهذه أثقال كفيلة بقسمي السؤال. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي

ابن محمد العمراني لطف الله به.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك عن مرْتهن قبض من راهِنه رهْنَه وكان ممّا لا يغاب عليه، ومات الراهن وقام المرْتهن بعد طول مدة نحوا من الثلاثين سنة، وادَّعى أنه لم يقبِضْ دَينه وأنه رد الرهْن لراهنه فأنكره الورثة في الرَّد.

فأجاب : أنه حيث قبض الرهْن ببينة فلا يبرأُ في رده إلا بها، وإن كان الرهْن ممّا لا يغاب عليه كما لابن رشد، ونقله الحطاب عنه وعن النوادر. قال أبو علي في شرحه : وهذا يفهم من قول المتن في العارية : «كدعواه رد ما لم يضمن». ومن قوله في الوديعة : «كعليك إن كانت لك بينة» الخ. ومن قوله في الفلَسِ : «ولراهن بيده رهْنه يُدفع الدين». قال : وإن كان هذا في شيء آخر، فليس هذا خارجا عن المختصَر، فتفَهَّمْهُ مُنْصِفاً.

وسئل أيضا عن مُرْتهن أسكن راهنه أو أكرى منه بعد أن حازه.

فأجاب : إن الرَّهن صحيح حيث لا فوتَ أي ولا مانعَ، ولا يبطل ذلك الرَّهن من أصله بل الحوز فقط، وللمرْتهن قبل الفوت ردهُ للحوز بالقضاء على الراهن خلاف ما يوهمه المتن، قاله طفي، ونقله عنه شيخنا بنّاني في حاشيته، وتردد أبو علي في ذلك، والظاهر ما عليه طفى ومن وافقه، والله الموفق.

وسئل أيضا عمن اشترى دارا ثم أقر أنها رهن وثيقة بدراهمه، وأنه ساكن بها إلى أن يبلغ أربع سنين، فإن اشترى دارا أخرى داخل المدَّة يخرج منها ويقبض دراهمه.

فأجاب : قال المتيطي : وإن علم أن أصل الشراء كان رهْنا، وإنما عند أبيه البيع لتسقط الحيازة فيه، وثبت ذلك بإقرارهما عند الشهود حين الصفقة أو بعدها، وقبض المبتاع المِلك واستغلَّه ثم عثر على فساده فإنه يفسخ ويرد الأصل مع الغلة إلى صاحبه ويسترجعُ المبتاع ثمنه. (هـ) من التزام الحطّاب، وعليه يجري ما عنه سئل لمن تأمَّل واقعته، والله الموفق.

وسئل أيضاً عمَّن ارْتهن دارا بالمنفعة ثم أراد شراءها قبل تمام المدَّة، وبعد موت الراهن بما رهنه فيه وبكراء ما بقي له أو مع إسقاطه.

فأجاب بجواز ذلك مع إسقاط ما بقي من المنفعة من غير كلام، وإنما الخلاف في ذلك إذا بقي على منفعته. ففي المعيار عن القاضي أبي عبد الله بن شعيب : إن ذلك لا يجوز على المشهور من المذهب لأنه فسخ دينه في دار لا تقبض إلا بعد ذهاب المنفعة. (هـ). وفي الوانوغي عن المدونة، أنه قال :

سئلت بالقاهرة عن مسألة جرت بالأسكندرية وهي مرْتهن دار اشترط سكناها سنة ثم اشتراها قبل تمام المدة، أنها تجري على جوابي أبي عمران وأبي بكر بن عبد الرحمان. (هـ). قال في مفيد الحكام : إذا اكترى داراً عشر سنين بعدد معلوم دفعه إليه وسكن الدار شهرا أو سنة ثم أراد اشتراءها من ربها، فقال أبو بكر بن عبد الرحمان : اشتراء المكتري عندنا جائز، وهو فسخ لما تقدَّم من الكراء. وعلى هذا لو انْهدَّمت الدار قبل انقضاء أمد الكراء لكانت المصيبة من المشتري، إذ الكراء قد انفسخ. وقال أبو عمران : شراء المكتري لها جائز ويكون ذلك فسخا للمكتري، ويكون بقية الكراء مضافا إلى ثمن الدّار، فيجعل ذلك كله ثمنا للدّار. (هـ). وقال الوانوغي : في الثمن قولان : الأول، أنه ما وقع به البيع دون الأجر. والثاني، ما وقع به البيع وما يجيب لبقية المدَّة من الكراء. ونص ما نقله ابن عبد الرفيع عن أبي بكر بن عبد الرحمان وأبي عمران الفاسي، وقد اتفق على أن ذلك فسخ لما بقي من المدَّة. فقال أبو بكر : الثمن ما وقع به البيع دونه، وصوَّبه ابن سهل. وقال أبو عمران : الثمن ما وقع به البيع وما يجب لبقية المدَّة من الكراء. (هـ) على نقل الحطّاب عند قوله في الاجارة «واستيجار مؤجر»، وفيه ما هو أوسع من ذلك، فانظره، وانظر ابن سلمون، ففي الكراء من وثائقه. (هـ).

ووقع الجواب من الفقيه العلّامة سيدي محمد الجنوي الحسني على اشتراط المنفعة في أرض البعل بجواز ذلك في المأمونة منها، وهي التي لا يخطيها المطر في غالب أمرها، لأنه يجوز اشتراط النَّقد فيها للأعوام الكثيرة، كما هو منصوص في غير ما ديوان. قال ابن رُشد : فما كان مأمونا كأرض النيل وأرض المطر المأمونة،

وأرض السَّقي بالأنهار والعيون والآبار، فالنقد فيها للأعوام الكثيرة جائز. (هـ). يعني مع الشرط، ومثل أبو الحسن على المدونة مأمونة أرض المطر بأرض المغرب، لأن الغالب فيها المطر، نقله المحشي الفقيه العلامة سيدي محمد بنّاني مقتصرا عليه، فالمأمونة عندهم هي التي يتعاهدها المطر ولا يخطيها في الغالب، وأما النادر وغير الغالب فلا حكم له، وهذه صفة أرض القطر الفحصي، فقد كاد أن يتم زرعه بلا مطر، ولم يُحفظ قط في زماننا أن المطر تخلف عنه ولا وقع ذلك بحيث يجيح زرعه. وفي المنتخب، قال سحنون : قال ابن القاسم : قيل لمالك : أرض المطر أيجوز فيها النقد إذا اكتريت، فإنا قد اختبرناها فلا تكاد تتخلف ولم تتخلف منذ أزمان. قال : إن كان بحال ما وصفتم، فأرجو ألّا يكون بالنقد فيها بأس يعني مع الشرط، نقله أبو علي. وقال ابن فتحون : أرض البْعل التي يعاهدها المطر فلا يكاد يخصيها في كل عام إلّا النادر هي أيضا كذلك، ومجراها مجرى أرض النيل. (هـ). وهذه صفة بلدنا، فالغالب هو المطر، وغير الغالب لا حكم له، وأرض المغرب آمَنُ من بلد الأندلس، لأن جل بلاد الأندلس شرقي، والقطر المغربي آمَنُ من الشرقي، والعلم عند الله تعالى. وكتب عبد ربه محمد بن محمد الجنوي الحسني وفقه الله.

وبعده، الحمد لله، الرَّهن مع اشتراط المنفعة هو من باب اجتماع البيع والإجارة، واجتماعُهما جائز، كما نقله أبو علي في حاشيته وبيَّنه. وقال فيه : إنه ظاهرٌ غاية. وقال في شرحه عن العبدوسي : وإن كان المرْهون أرضا، فإما أن تكون مأمونة الري أو لا ؟ فالأولى تجوز، والثانية إن رَوِيت جاز رهنها وإلّا فلا. (هـ). قال : وأصله لأبي الحسَن. قال : وغير المأمونة تجوز بعد الري لعام واحد. (هـ). وعليه يحمل قول الفشتالي : وإن كان (أي الرَّهن) أرضا، فإن كانت سُقْيا جاز، لأمنها، وإن كان بَعْلًا لَمْ يجز لأنه نقد في الأرض، فلا يجوز إلا مع الأمن. (هـ). وإلّا خالف ما تقدم لنا الموافق للمدونة وغيرها. ونص التهذيب على نقل ابن يونس : فيجوز النقد في أرض النيل قبل ريها لأنه قيل لمالك : فإن كانت أرض المطر فيما اختبر منها لا تخلف، أيجُوز النَّقد فيها. قال : النيل أبيَنُ شأنا وأرجو جواز النقد فيها إن كانت هكذا، بخلاف التي تخلف من أرض المطر

وذات البير. وقول المدونة : لا تُخْلِف، أي غالبا، بدليل ما للمتيطي واللخمي من أنَّ أرض البعْل إذا كان يعاهدها المطر ولا يكاد يخطيها في كل عام إلّا في النادر، فهذه أجاز مالك في المدونة النقد فيها الخ. وقال ابن يونس، مصححا له أبو علي في شرحه وناقلا ما قبله يليه ما نصه : وأما اشتراط النقد فإنما يجوز في الأمر، والمراد بالأمر أن يكون الغالب أن ماءها يقوم بسقيها حتى يتم زرعها، وأحرى إن وجد الجزم بذلك فإنه أحرى باسم المدونة. ولا عبرة بالنادر ولا بالري الذي لا يغلب أن الزرع يتم به، وأما إذا شك في كون مائها يتم زرعها به أو لا، فلا يجوز اشتراط النقد في ذلك. وقد تبين بهذا وبما نقله المجيبُ النقاد أعلاه عن أبي الحسن وغيره، الموقوف هنا عليه وفي محاله أو غيرها، أن الرَّهن المحدَّث عنه صحيح، لوجود ما يدل له ابتداء، فكيف بعد الوقوع والنزول. ولا يرد علينا ما في المفيد في أرض الأندلس، أن القضاء عندهم فيها أنه لا يجوز النقد فيها بشرط، وأنه اختيار ابن حبيب، لقول المتيطي. وقال ابن عبد الحكم وأصبغ في أرض الأندلس : إنه لا بأس بالنقد فيها، لأن ابن حبيب وصفها لهما، فقال : لا يخطيها المطر. ثم قال : أرض الأندلس قد حالت عما عهدت، باختلاف المطر فيها عاما بعد عام، فصارت غير مأمونة. قال ابن القصار : هذه صفتها، قاله الحائك.

وسئل الإمام العبدوسي عن امرأة لها على زوجها ديْن كالىء حالّ، فلمّا مرض طلبت منه ديْنها فرهن لها فيه فدّانا، فلمّا مات من مرضه ذلك، طلبت الورثة بقضاء ديْنها فطلبوها في التأخير إلى أجل معلوم، فأخرتهم بشرط أن لا يطلبوها في غلة ولا غيرها، فهل تلزمهم الغلة أم لا ؟ وهل هذه الصفقة الثانية صحيحة أو فاسدة ؟ فبينوا لنا ما لديكم.

فأجاب : التأخير على الوجه المذكور لا يجوز، لأنه سلف جر نفعا ويفسخ ذلك، فإن فات ذلك بالاستغلال وجب عليها رد ما استغلته، وبالله سبحانه التوفيق.

ووقع الجواب عمن تداين ديْنا من آخر، ورهَنَه في ديْنه المذكور ثقة بالوفاء به داره التي بكذا، ثم مات الراهن بما نصه :

الحمد لله، بموت الأب صاحب الدار أعلاه يحل الدَّيْن الذي تداينه عنه ولده أعلاه بموجبه ويقضى لصاحبه بِهِ معجّلا، وتبقى له منفعة ذلك الرَّهن للأجل حيث أشير، والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم تغمده الله برحمته.

وبعده، الحمد لله، ما رسم أعلاه من حلول الدَّيْن أعلاه صحيح كما في المختصر وغيره، وكذا ما رسم أعلاه من بقاء منفعة الرَّهن للمرتهِن إلى تمام الأجل صحيح، لاتفاق المتراهَنيْن عليها في أصل المعاملة، لأنها من جملة الثمن الذي وقع به البيعُ، والمسألة من باب اجتماع البيع والكراء وهو جائز. ففي المدونة قال مالك : إن كان الدَّيْنُ من بيع وشرطِ منفعة الرَّهن أجلا مسمى فلا بأس به في الدُّور والأرضين، فاجتمع فيه البيع والكراء، ولا بأس به. (هـ). فيُقضى للمرتهن بمنفعة الرَّهن إلى أجله، ويعجّل الدَّيْن بموت الراهن بعد يمين القضاء، والله أعلم. وكتب أبو بكر المنجرة. (هـ).

وبعده، الحمد لله، ما رسم أعلاه جوابا وتصحيحا صحيح. ففي المختصر : «وجاز شرط منفعته إن عينت ببيع لا قرض». وفي التحفة :

وجاز في الرَّهن اشتراط المنفعة .... الخ.

وهو من باب اجتماع الإجارة والبيع، فلا بدَّ من اعتبار شروطها، لأن المنفعة لما كانت مشترطَة في عقد البيع صار المبيع بعضُه في مقابلة الدَّيْن وبعضه في مقابلة المنفعة، فصارت إجارة تجري على أحكامها، والله أعلم. وكتب موافقا عبدُ ربه تعالى، محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته آمين. (هـ).

وسئلت عمَّن ادَّعى على غيره في قطعة أرض بيده أنه رهنها له وغاب عن البلد نحو ثمانية أعوام، والآن يطلب منه أن يمكنهُ من بلده ويؤديه هو الثمن الذي رهنها له فيه، فأجابه المدَّعَى عليه بالإنكار، وأن البلد حوزه وملكه، واستظهر برسم شرائها من المدَّعِي، فأقام المدَّعِي بينة لفيفٍ أنه يملك البلد، ما وهبها ولا رهنها ولا فوتها في علمهم إلى أن غاب، فرأوا المدَّعَى عليه يتصرف فيها ولا يعلمون وجه تصرفه.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت أن المدَّعي كان باع للمدَّعَى عليه البلد المتنازَعَ عليها حسبما في رسم الشراء الذي هو بيد المدَّعَى عليه، ثم قام الآن ينازع فيها ويدَّعي أنها بيد المدَّعَى عليه على وجه الرَّهن، فلا يلتفت إلى قوله، لأن الشراء ينقل الملك إجماعا كما في حاشية الشيخ الرَّهوني، ولأن الأئمة نصوا على أن رسم الشراء يكون حجة على البائع حتى لو كان هو الحائزَ للشيء المتنازَعِ فيه، واستظهر عليه المشتري برسم الشراء فإنه ينزع من يده. قال المحقق السجلماسي في شرح العمل الفاسي : وأمَّا البائع فينتزع منه ما شهد عليه الرسم أنه باعه ممن قام عليه، وما في نوازل ابن الحاج من هذا. ألا ترى قول ابن لب : إذ ليست (أي رسوم الأشرية) حجة إلا على البائع، فإنه يدل على ما ذكرنا. وهذا الإمام سيدي عبد الله العبدوسي سئل عمن قام برسم تضمَّن اشتراء موروثه لأصل من موروث المقوم عليه، فأجاب : الشراء صحيح، ولا يحتاج فيه إلى حيازة، ولا يضر المشتري ولا وارثه سكوتهما طول المدَّة المذكورة، إلى أن قال : ولو تتبعت ما وقفت عليه من المسائل الدّالة على هذا المعنى لطال ذلك، وفيما ذكر كفاية. (هـ). وأيضا قول المدَّعي في المقال أنه ترك البلد في يد المدَّعى عليه على وجه الرَّهن غير مقبول شرعا، لقيام البينة عليه بالبيع القاطع. وقد نصوا على أن كل من ادَّعى خلاف ما في الرسم، فقوله غير مقبول. قال الونشريسي في الفائق : إن الإشهاد إذا وقع بين المتداينيْن أو بين المتبايعيْن، فكل من ادَّعى خلاف ما في الرسم فقوله غير مقبول وحجته داحضة إلا أن يقوم البيان عليها، ولو سُومح في مثل هذا لارتفعت الحقائق وانحلت العقود والوثائق، ولهذا أمر الله سبحانه بالإشهاد ليرتفع النزاع وتنحسم مادة الدِّفاع. وأيضا ادعاؤه في المقال أنه ترك البلد بيد المدَّعَى عليه على وجه الرَّهن واستظهاره ببينة المِلك، أنه ما وهبها ولا رهَنها، تَنَاقُضٌ، لأن من أدلى برسم فهو قائل به، فكأنه قال : رهنتها وما رهنتها وذلك موجب لبطلان قوله وعدمِ سماع دعواهُ كما هو معلومٌ من شراح التحفة لدى قولها : لأنه أضبط لِلأحكام، والله تعالى أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئل الشيخ الرَّهوني عن رجل كان ساكنا بدارٍ، فتداين من آخر وَرهنها عنده في دَيْنه وحازها المرتهن زمانا، فمات الرّاهن فطلب المرتهن ورثته بدَيْنه أو تباع الدّار فيه، فادَّعت زوجة الرّاهن أن الدّار المذكورة لأبيها وليس للرّاهن منها شيء، ملَّكها أبوها أرضا لا بناء بها وسافر وتركها عندها أمانة، وبعث من سفره من ناب عنه في بنائها عند الرّاهن دراهم تصرف في ذلك، فبنيت وسكنها زوجها معها فيها، وأثبتت ملكية أبيها لها أيضا بما يجب، وسلم المرتهن لها ما أثبتته، غير أنه ادَّعى أن الرّاهن هو الذي تولّى بناءها بنفسه وصرف عليها من ماله وأراد أخذ ديْنه من ذلك، ولم تقم بينة أي أحد منهما بما يدَّعيه في البناء خاصة، فلمن القول منهما ؟ هل لزوجة الرّاهن فيكون على المرتهن إثبات ما ادَّعى، أو القول للمرتهن، فيكون على الزوجة أنْ تثبت ما ادَّعت ؟

فأجاب بأن الإثبات على المرتهِن لا على الرّاهن.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك عن دار معلومة لرجل رهنت امرأة نصفها.

فأجاب : حيث ثبت الملك للدّار لمالكها بموجبه، فرهن الرّاهنة وتصرف المرتهن في رهنه على وجه الرَّهنية لا يبطل ملك المالك، وقُصاراه أن يكون مستعارا له، وهو جائز كما في المدونة. ودرج عليه خليل في مختصره بقوله : «والمستعار له ورجع صاحبه بقيمته أو بما أدَّى من ثمنه». (هـ). ودفع الكراء من المالك لا يضره، وبقاؤه في داره مما يرجح ذلك، حيث لم يسمع منه ما يدل على بطلان مِلكيته. (هـ).

وسئل أيضا من زاوية وزّان عمّن رهنت رهنا عند رجل ضاع له فادّعى الوديعة؟ فأقامت هي بينة عرفية بما يصدق دعواها الرِّهنية؟ فهل القول لمدَّعي نفي الرِّهنية ؟ لقول المتن : والقول لمدَّعي نفْي الرِّهنية؟ أو قولها للعرف.

فأجاب : إن قول المتن المذكور ونحوه لغيره : والقول لمدّعي نفْي الرِّهنية؟ مقيَّد. قال في التوضيح : قيِّد اللخمي المسألة بما إذا لم تصدق العادة مدِّعي

الرِّهنية؟ فإن صدقته فالقول قوله؟ كبياع الخبز وشبهُهُ يدفع له الخام ونحوه ويدّعي الرِّهنية فالقول قوله؟ ولا يقبل قول صاحبه وديعة. خليل وهو كلام ظاهر. (هـ(.
وبه قيّد المتنِ أبو زيد الفاسي، وهو في الحطّاب أيضا مع زيادة عليه. وقال أبو علي في شرحه : وما ذكره اللخمي من القيْد هو الذي رجحه ابن النَّاظم في شرح التحفة؟ ولا مِحِيدَ لمنصف عنه. (هـ(. وقال قبله عن ابن ناجي : وما ذكره اللخمي هو كلام ظاهر. ونقل ابن عرفة كلام اللخمي ولم يعترضه؟ وذكر أنه تفسير قائلا به. أقول 3 وكان شيخنا أبو مهدي حمله على الخلاف، واستبعده ابن ناجي. قال أبو علي : وما ذكره اللخمي لا يرِد على المصنف، لأن ذلك دليله العرف، والعرف معلوم اتِّباعه؟ وأخِذَ من كلام المصنف وغيره من مواضيع لا يمكننا حصرها. (هـ). وقد نقل شيخنا على التحفة قيد اللخمي عن ابن عرفة بما اقتضى اعتماده وهو الحق، فتخرج عليه قضية السؤال، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عمَّن تسلف دراهمَ أو غيرها من النقود، ورهنه ما هو في غنى عنه منها أو ما لا يفي بغرضه كصغير أو كبير أو العكس، وأخبر السّائل أنه جرى حديث بمنعه والناس يفعلونه كثيرا، حتى أنكر عليهم منكر.

فأجاب بما في الموّاق ونصه : ومن المدوَّنة قال ابن القاسم : لا يرْتهن الدّنانير والدّراهم والفلوس، وما لا يُعرَف بعينه من طعام أو إدام ؟ وما يكال أو يوزن إلا أن يطبع عليه ليمنع المرْتهن من النفع به ورد مثله. أشهب : لا أرى أن يطبع ما لا يعرف بعينه إلا العين، فلا أرى ارْتهانها إلا مطبوعة، قيل لأن النفس في العين أدْعَى، فإن لم يطبع على الدّراهم لم يفسد الرِّهن ولا البيع، ويستقبل طبعها إن عثر على ذلك، وأما ما بيد أمين من ذلك فلا يطبعه. قال ابن القاسم : ولا يطبع على الحلي حذَر اللبس، لأنه يعرف بعينه كسائر العُرُوض. (هـ). وفي شرح أبي علي عن البرزلي ما نصه : قال أبو الحسن : المراد بالطبع، طبع ما يقدر على فكه غالبا؟ وأما ما لا يقدر على فكه أصلا فليس في قدرتهما، والطبع الذي يقدر على فكه كل أحد فكَلَا طبعٍ. (هـ). وبه يعلم أن الحق مع المنكِر، والله الموفق. (هـ).

وقع السؤال عن رجل أمَّنَ رسومَ غرسِه مرْهونة عند أمين فدفعها للمرْتهن؟ وطلبها ربها فأشهد أنها كانت عنده ودفعها لمن ذكر.

جوابها أن الأمين حيث أقَرَّ بإخراج الرسوم من يده ودفعها للمرّتهن؟ فإنه يجب عليه ضمانها كما في المختصَر، حيث قال : وإن سلمه دون إذنهما للمرْتهن ضمِن قيمته، وأصله في المدوَّنة، وعلّله في الأمهات، فإن الرّاهن لم يرض أن يكون رهنه عند المرّتهن، نقله اللخمي. قاله أبو الحسن في شرحه على المدوَّنة ونقله أبو علي وغيره. ومثل هذا عند ابن هارون في اختصار النهاية، إذ قال ما نصه :

فرع : فإن كان الرَّهن على يد العدل، فدفعه إلى الرّاهن أو المرْتهن تعدِّياً فضاع وهو ممَّا يُغَابُ عليه؟ ضمِنَه للآخر، فإن كان الرَّهن كفاف الدَّيْن وضاع بيد المرْتهن سقط ديْنه لهلاكه بيده، وإن كان فيه فضْلٌ ضمن العدل الفضل للرّاهن؟ ثم تكلم على ما إذا كان الرِّهن جارية. أنظر المدوَّنة في المواق. (هـ) والله أعلم6

وقد أجاب العلَّامة سيدي العربي الزرهوني عمن رهن عند غيره حليا من زينة النساء، فادَّعى المرْتهِن أنه سُرِق له في جملة متاعه، وأقام بينة على ذلك، بما صورته :

الحمد لله، الجواب أنه حيث كان الحال على ما وُصف من إقامة البينة على تلف الرِّهن من غير سبب المرْتهن ولو شاهدا مع يمين؟ فإنه لا ضمان على المرْتهن؟ على قول ابن القاسم الذي رواه عن مالك، قال المتيطي : وهو المشهور وبه العمل خلافا لأشهب، وفي مختصر ابن هارون 3 وبه الحكم؟ وفي وثائق الفشتالي : وهو المشهور وعليه العمل، وفي المختصر : وضمنه مرْتهِن إن كان بيده مما يغاب عليه ولم تشهد بينة بكحرقه». وفي التحفة :

وإن حوى قابلَ غيبة ضمِن ما لم تقم له عليه بينة
لما جرى في شأنه، معَينة ... الخ.

ومفهومه أنه إن قامت على هلاكه (أي من غير سبب المرْتهن) بينة، فإنه لا ضمان عليه؟ والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني كان الله له (هـ).

مسألة : أما اشتراط منفعة الرهْن، ففي السَّلف لا يجوز ذلك مطلقا، لأنه سلفٌ جرّ منفعة، وأما إذا كان الدَّيْن من بيع على رهْن، وشرْطِ منفعة الرهْن أجلا مسمى فذلك جائز، في الدُّور والأرضين لأنه بيع وإجارة وذلك جائز. غير أنه لا يجوز اشتراط منفعة الأرض إن كان المبيع طعاما لما يدْخله من كراء الأرض بالطعام، ولا يجوز اشتراط منفعة النخل والشجر لأن استئجارها للانتفاع بثمارها غير جائز، وحيث جاز ذلك في الدَّار والأرض البيضاء، فلا بدَّ من أن يكون ذلك مشترَطا في أصل العقد، وأما إن أباح الراهن له ذلك بعد العقد، فلا يجوز مطلقا لأنه هدية المدْيان، ومتى انتفع بها بشيء حيث لا يجوز له ذلك وجب عليه ردُّه وغرمه للراهن، وهذا كله منصوص عليه لعلمائنا رضي الله عنهم (هـ) من نوازل ابن هلال.

ومن جواب لأبي عبد الله المجّاصي حسبما في نوازل الشريف ما نصه : وأما دعوى الرَّهنية، فإن من ادَّعى شيئا بيده أنه رهن، وقال ربه : بل عارية أو وديعة، صدِّق (أي ربُّه) مع يمينه، قاله ابن القاسم. وفي المختصر : والقول لمدَّعي نفْي الرَّهنية، وأما الدِّيْن فالقول قول المدَّعَى عليه، وإن كان الطالب أصلحَ الناس وأتقاهم لله، على ما عند الإمام الونشريسي، مراعاة للأصل. وإلغاءُ الغالب في دعوى الدَّيْن ونحوه أجمعت الأمَّة عليه، قاله القرافي. وأما السكوت فإنه ليس برضى، لأن الانسان قد يسكت مع كونه غير راض إلا في البِكْر، فإنها خصت بأن سكوتها إذْنٌ ورضى، كما نقله الإمام سيدي أحمد الونشريسي. (هـ).

وفي المعيار من جواب لبعضهم عن رجلين تخاصما، ادَّعى أحدهما الشراء، والآخر الرَّهْن ولا بينة لأحدهما إلا أن الذي ادَّعى الشراء، لها في يده أزيد من عشرة أعوام، ما نصه : القول قول مدَّعي الأصل إلا أن يفوتَ، بِالهدم والبناء والغرس والقلع بما يفيت البيع الفاسد في الربَاع على مذهب ابن القاسم. (هـ). وفي البرزلي : إن ادَّعى البائع أن البيع كان في أصله رهْنا فالذي نقول به أن المبتاع إن كان من أهل العينة والعمل بمثل هذا وشبهه، فالقول قول البائع مع يمينه. إنه رهن، وإن كان ممَّن ليس يشبهه ولا يعرف بمثله، فالشراء ماض وقول البائع

ساقط، وعلى المبتاع اليمين. ثم قال : وعن ابن لبابة : البيع ماض ولا يقبل قول من ادَّعى الرَّهْن. وحضرتُ بعض القضاة وجماعة من المشايخ يرون اليمين على المشتري إذا كان متهما وليس من أهل الورَع، أنه ليس برهْن، فإن نكل رد اليمين على مدَّعي الرهْن واسترجع رهنه، وإن نكل مضَى البيع، وقال بذلك بعض الأصحاب. وفي قول بعضهم يجب اليمين على المبتاع على قول مالك ومذهبه : وبيِّنتُه تُقطع باليمين، إلا أن سحنونا وغيره أوجبوا اليمين على المبتاع في مثل هذا إن كان متهما.

ومن جواب للشيخ العربي الفاسي : أما رهن المسلم بيد الكافر فلا يجوز، إلا أن يكون لمصلحة من مصالح المسلمين العامَّة. قال سحنون : إن رهَنه أبوه في تجارة فعليه فداؤه ويؤدَّب، فإن مات فمِن تركته، وإن رهَنه في مصلحة المسلمين، فعلى الإمام فداؤه. (هـ). ومن مصالح المسلمين فِداء الأسير المسلم، فإن عجز المرْتهِن فيه كان فداء المرْهون على بيتِ المال. (هـ) المراد منه.

ووقع السؤال عمّا يظهر من الجواب، فأجبت عنه بما نصه :

الحمد لِلهِ، الجواب أن المرتهن حيث أعار السفينة المرْهونة لراهنها على أن يردها إليه وذلك شامل لها إذا كانت العارية مؤجَلة أو غير مؤجلة، فإن الرَّهن لا يبطل بها ويجبر الرَّاهن على ردها لحوز المرتهن. ففي المختصر : «وعلى الرد أو اختيارا فله أخذه»، والمرجان لا ينتفي ضمانه على المرتهن بادعاء وضعه بحانوته، وأنه سرق من جملة ما سرق له. خليل : «وضمِنَه مرتهنه إن كان بيده مما يغاب عليه ولم تشهد بينة بكحرقه»، والقول قول المرتهي في صفته لأنه غارم إن أشبه، وهل تعتبر قيمته يوم الرَّهن، الباجي : وهو الأقرب، أو يوم التلف، وصححه في الشامل، أقوال ذكرها في المختصر، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني. (هـ).

— **وقد أجاب** أيضا عمَّن رهن داره بعد ما أحاط الدَّيْنُ بماله بما نصه :

الحمد لله، الرَّهن المشهود به أعلاه صحيح، ولا يقدحُ فيه كون الرَّاهن أحاط الدَّيْنُ بماله حيث لم يُفْلِس، كما في الموّاق. وفي المختصَر عطفا على ما لا يمنع

منه من أحاط الدَّيْن بماله ولا رهنه. عبد الباقي : ولا يُمنعَ من أحاط الدَّيْن بماله من رهنه لبعض غرمائه أو لغيرهم كما في الشارح بعض ماله في معاملة حادثة مشترط فيها الرَّهن لمن لا يتهم عليه، والراهن صحيح وأصاب وجه الرَّهن. أبو علي : ماذكره المصنف من جواز الرَّهن نحوه في المدوَّنة، وذكره اللخمي وابن رشد في مقدماته، والرجراجي وصاحب المعيار والتوضيح، وأبو الحسن وابن ناجي والعبدوسي، وابن عرفة والمنتخَبُ وغيرهم. ولم يبينوا هل رهن كلّ ما بيده أو بعضه، وظاهر كلامهم الإطلاق، وزعم ابن عاشر أن الفقه إنما هو رهن البعض، وجعل ضمير رهنه عائدا على البعض، وفي ذلك ما لا يخفى. (هـ) منه، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني. (هـ).

ومن المعيار سئل السيوري عمَّن أخذ وثيقة لرجل فحرقها أو خزنها، وفي الوثيقة دَين أو منفعة ؟

فأجاب : أنه يلزمه ما في الوثيقة من ديْن على حسب ما أهلك من ذلك (هـ).

وسئل ابن رشد عمَّن اشترى سِلعة بنقد ورهَنَ في ثمنها سلعة أخرى، ثم اختلفا في ثمن المشتراة، هل يكون الرَّهن ها هنا شاهدا أم لا ؟ وكيف إن فاتت السلعة المشتراة عند المشتري ؟

فأجاب : تصفحت سؤالك و قفتُ عليه، وإذا فاتت السلعة فالرهن شاهد للبائع، على مذهب مالك إلى مبلغ قيمته، وأما إن كانت السلعة قائمة، فلا يكون الرَّهن شاهدا إلا على مذهب من يُرَاعي دعوى الأشبه مع القيام، والله أعلم. (هـ).

وسئل الإمام سيدي يحيى السراج عمَّن اشترى سلعة معَينة بثمن معلوم لأجل معلوم، ورهن في الثمن رَبْعا من أملاكه، وجعل للمرْتهن الانتفاعَ بالرَّهن طول المدَّة المذكورة، ولم يعاين الشهود السلعة المذكورة، وإنما ذلك باعترافهما فقط، فبعد مدَّة طويلة قام الغريم على رب الدَّيْن وادَّعى أن الدَّين كان مِنْ سلفٍ، وأن ذكرهما للسلعة مجرَّد حيلة فقط.

فأجاب : القول قول مدَّعي الفساد في مثل هذه المعاملات، ويحلف الغريم ويلحق عند خصمه المنفعة. وأما تجديد الرَّهن كذلك بعد حلول الأجل خاليا من السلعة فهو فاسد غير ماض، ويلحق الرَّاهن أيضا المنفعة عند المرتهن فيه، فإذا فَسخ الرَّهن وعاد لِيَدِرَبِّهِ، ثم أكراه من المرتهن بكراء معلوم، وكان يقبض منه الكراء فإن ذلك جائز، إذا لم تكن ثَمَّ مسامحةٌ. (هـ).

وسئل سيدي محمد بن عرضون عمَّن ادَّعى أنه سُرق له الرَّهن.

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكرتم فإنه يحاسبه، لأن الرَّهن ضمانه من المرتهن، ولا يصدّق في سرقته فتجب المحاسبة. (هـ).

ووقع السؤال عمَّن استدان ديْنا ورهن فيه جميع واجبه من دار انجرَّ له باالإرث والوصية على أن ذلك كله ملك له، وبمحضر ولَدَيْه البالغيْن الرشيديْن، وضمانهما عن والدهما الدَّيْن المشار إليه، وموافقتهما على رهن جميع ما ذكر، وبمحضر الأشراك في الدّار وموافقتهم كذلك، ولما حلَّ أجل الدَّيْن زعم أن الوصية أعلاه لا شيء له فيها، وإنما هي لولَدَيْه، والفرض أنه لا شيء له يؤدي منه عَدَا الرَّهن المذكور، ورامَ ضياع ذي الحق، فهل لا يقبل منه ما زعمه ولا من ولَدَيْه لموافقتهما على ملك الوصية، وأنه لا شيء لهما فيها، ولا سيما حيث كان أحد شهيديْها هو الفرضي أعلاه، وقد قسم لهم على أنها مِلك كما هو مبيَّن أعلاه، أجيبوا مأجورين والسلام.

فأجاب القاضي السيد علي بن أحمد ناصر بما نصه :

الحمد لله، لا يُلتفتُ إلى دعوى كل من الوالِد والأولاد. أما الوالِد، فلما في كتاب الغصب من المدوَّنة : لو باع أمَة ثم أقر بغصبها لم يصدق على المبتاع، وغرم لربها قيمتها. (هـ). نقله الحطّاب عند قوله في المختصر : «وملك غيره على رضاه» في الفرع التاسع، ولما في نوازل ابن هلال عن ابن لُبّ في جواب له، ونصُّه : ولا يقبل قول العم أنه باع ما لا يملك لتعلق حق الغير به. (هـ). ونحوه للشيخ ابن رحّال في جواب له : ولا إشكالَ أن الرهن مضارع للبيع في تعلق حق الغير به،

حسبما قاله اليزناسني في شرح التحفة في تعداد المفوتات، إذ علّله هو والإجارة والكراء بما ذكر، وأما الأولاد فلا تسمع دعواهم ولا تقبل بينتُهم ولو اثبتوها لتكذيبهم إياها بموافقتهم للوالِد في رهن ما ذكر مع نسبته لنفسه. وإلى هذا أشار في التحفة بقوله :

وإن يكُن وقتَ المبيع بائعُه لنفسهِ ادَّعاه وَهْوَ سامِعُه
فمَاله إن قامَ، أيَّ حينِ في ثمَن، حَقٌ ولا مَثمُونِ

فإذا كان هذا مع السكوت فمع الموافقة للوالِد في الرهن أوْلَى وأحرى، ولا شيء لهم بوجه، لأنهم قالوا : إن سكوته والبائع ينسبه لنفسه إقرار منه بالملك أو إرادة المكر والخديعة، كما قاله مالك. وقد نقل الحطّاب عن سحنون فيمن ادَّعى في دار بميراث، ثم ادَّعى أن والِده أشهد له بنصفها وأقام البينة على ذلك، أنه لا يقبل منه لأنه كذّب بينتَه بدعواه الأولى. وقد افتى الحطّاب أيضا في نازلتين بمثل هذا، ونصه في إحدى فتوييْه : إقرار الشخص أنه لا حقّ له في هذه العزلة التي هي وقف من قبَل فلانة، مبطل لدعواه أن لموروثه فيها حصة، والله أعلم. ولا فرق بين ادعائه لموروثه حسبما في الفتوى المذكورة وبين ادعائه ذلك لنفسه حسبما في النازلة المسؤول عنها، والله أعلم. وكتب عبد الله سبحانه، علي بن ناصر. (هـ).

وبعده، الحمد لله، رهن المدين فيما عليه من الدَّيْن ما هو مملوك لغيره صحيح متوقف لزومه على عِلْم مالكه ورضاه، يدل له ما في مجالس المكناسي في الرجل يرهن متاع امرأته ثم يُعلمها بذلك فتسكت، فإذا مات قامت تطلبه. فقال ابن القاسم : تحلف بالله ما رضيت ولا سكتت تركا لذلك، وتأخذه حيث وجدته، قاله في سماع أبي زيد. وقال في سماع عيسى : لا رجوع لها إذا طال ذلك بعد علمها. (هـ). فيؤخذ من الروايتين أنها إذا علمت ورضيت لزمها ذلك اتفاقا، وحيث وافق الوَلَدان الرشيدان والِدَهُما على رهن جميع الحظ المشار إليه من الدّار ورهنه، فحكم رهنيتِه لازم لهما ولو لم يقع منهما اعتراف لوالِدهما بجميعه، فكيف مع الاعتراف له بذلك، إذ لا يشترط في صحَّة الرَّهن مِلك الراهن للمرهون، كما في النقل المتقدم. ومن جواب لأبي سعيد بْن لب حسبما في المعيار، عن رجل رهن

داراً بينه وبين زوجته وسلِّمت، ولم يحزها المرتهن حتَّى مات الزوج، ثم قام يطلب تحويز الدّار، ما نصه : حظ الزوجة من الدّار المرهونة قد حصل رهنا بتسليمها فيه فهي راهنة، والحكم في الراهن أن يجبر على تحويزه متى طلب المرتهن ذلك، ولا يبطل حقه من ذلك بالتأخير ما دام الرَّاهن قائم الوجه مالك الأمر. (هـ). وحينئذ فلا فكاك للوالِد ولا للمولود من لزوم الرَّهن في الحظ المذكور، والله أعلم. وكتب عبد الله أبو بكر المنجرة. (هـ). وبه تعلم ما في الجواب قبله من القصور ممّا هو ظاهر.

وسئل القاضي سيدي ابراهيم اليزناسني عمَّن دفع إلى غيره كساء أو سرجا أو مقياسا فضة وبقي ذلك بيد المدفوع إلى أن توفي الدّافع، فطلب ورثة الدّافع المدْفوع إليه فيما ذكر، فقال المدْفوع إليه : ذلك بيدي رهن، وقال الورثة : إنما هو بيدك وديعة، فهل القول قول من ادَّعى أنه رهن أو القول قول من ادَّعى أنه وديعة ؟ بينوا لنا ما عندكم في ذلك.

فأجاب : القول قول الورثة في كون المبتاع وديعة، بل لو لم يذكر الورثة شيئا لكان على من بيده المتاعُ، البينةُ بكون المتاعِ رهنا، وكذلك جاءت الروايات التي لم تختلف في العتبية وغيرها. (هـ).

ووقع السؤال عن رسم مضمنه أن بذمة فُلان لفُلان أربعين مثقالا ثمن حرير مُولي، ورهن الغريم لرب الحق في ديْنه جميع داره الكائنة بكذا، كما تراضيا على أن تكون غلَّة الدّالية التي بها أنصافا سوية بينهما، بشرط أن يجعل لها رب الحق سريرا من عنده، وحين يريد الخروج من الدّار المذكورة يأخذ سريره أو ثمنه، اتفقا على ذلك، وتراضَيَا عليه، بما نصه :

الحمد لله، اشتراط غلَّة الدّالية المذكورة مُوجب لفساد الرهن المذكور على ظاهر المدوَّنة، وهو مذهب ابن القاسم، وهو المعتمَد الذي نظمه الشيخ ميّارة في أبياته المشهورة التي ذكرها في شرح العاصمية. وذلك أنه إنما أبيح في الكراء اشتراط غلَّة الشجرة كلها بشرط أن تكون قيمة الغلَّة الثلثَ فأقل، على وجه الرخصة، لضرورة الدخول، ولا ينتفي الدخول باشتراط البعض، على أن المعاملة في

الرهن يغلب فيها الفساد في وقتنا، فالقول لمدَّعيه مع اليمين، ولا تكفي معاينة السلعة في ذلك، كما نقله أبو زيد في شرح عملياته. وقال شيخنا أبو القاسم العمري رحمه الله : والذي تقتضيه قواعد الفقه أن القول قول مدَّعي أن الرَّهن كان بالدراهم. وفي لامِية الزقاق ذلك صريحا، وسلمه شارحها، وترجع من قدم ذلك الأمر بعد أن جواب ابن أبي الدنيا، وحكي عنه أن ذلك سلف جر نفعا وهو رِباً. (هـ). وقد أطال الكلام على المسألة صاحب الفائق، وجزَم بأن القول لمدَّعي الفساد. وقال المكناسي في مجالسه : إن المعاملة في الرَّهن لمّا غلب علَى الناسِ فيها الفسادُ صار القول لمدَّعيه، لغلبتهِ. (هـ). وقد نقل صاحب المعيار عن ابن أبي الدنيا : أن الغالب على أهل تونس الفساد في الرهان، لأنهم يرهنون بالدراهم مع اشتراط المنفعة، ويقولون : إن الشهود لا يشهدون على هذا، فيأتون بعروض للإشهاد عليها ويردّونها إلى ربها ويعْطون الدراهم والدنانير. قال : فلما رأيت الغالبَ الفساد، كان القول لمدَّعيه، لا سيما ذا كان حال المتعاقدين لا يتحاشى عن ذلك. (هـ). وقال شيخ شيوخنا ابن رحّال بعد أن نقل ذلك : إن كان هذا في زمنهم فكيف بزماننا الذي هو في حدود تسعة عشر ومائة وألف ؟ قال : والذي يفتى به أن القول لمدَّعي الفساد. (هـ) والله أعلم. وكتب عبد الكريم بن علي اليازغي خار الله له. (هـ).

وبعده، الحمد لله، ما ذكر من أنه لا يجوز اشتراط النصف صحيح، لأن المسألة من باب البيع والكراء، واشتراط بعض الثمرة لا يجوز، وإنما يجوز اشتراط الكل. قال في التهذيب : وإذا كانت الثمرة تبعا فاشترط المكتري نصفها لم يجز، وإنما يجوز إذ هي تبَعٌ أن تلغى بالسنة، فإذا اشترط نصفها صار ذلك كبيع ثمن قبل زهوه. (هـ). وكفى نص المدوَّنة شاهدا : فالمتعين أن يأخذ رب المال دراهمه ورب الدّار داره، والعقود الفاسدة تجب المبادرة لفسخها. وكتبه عبد ربه تعالى محمد العربي بن علي القسمطيني الحسني لطف الله به.

وبعده، الحمد لله، الشاهد المذكور وإن ادَّعى على أن غلَّة الدّالية خارجة عن عقد الرَّهن ليست شرطا فيه، لكنه حيث وقع ذلك مصاحبا لعقد الرَّهن،

بدليل اتحاد تاريخه، فحكمه حكم الواقع في العقد، على قاعدة ما نص عليه الأئمة من أن ما صاحب العقد، حكمُهُ حكم الواقع فيه. والحاصل أن الغلَّة المذكورة على الوجه المذكور حيث كانت في رسم الرَّهن وبتاريخه، فالقول قول من ادَّعى أنها شرط فيه، على أن الشاهد الأول حيث عرف بخطه فهو باق على شهادته بالشرط المذكور، والله تعالى أعلم. وكتب عبد الله سبحانه عبد الكريم بن علي اليازغي خار الله له.

ونصّ أخرى، الحمد الله، المسطّر أعلاه صحيح، يشهد له قول المختصر في باب التناول : وصح بيع ثمر ونحوه بدا صلاحه إلى أن قال : أو ألحق به. وقد قالوا هنالك : إن اللاحِق للعقود بمنزلة الواقع فيها، وعلى ذلك بنى صاحب المتن كلامه. وكتب عبد الله تعالى محمد العربي بن علي القسمطيني الحسني لطف الله به.

وبعده، الحمد لله حق حمده، إفساد العقود بمثل ما ذكر لا يجوز، فإن قول من قال : اللاحِق للعقد كالواقع فيه، إنما أراد به تعليل مسألة ناسبَها ذلك في نظره، ولم يُرد تقعيد قاعدة لحكم من الأحكام ولا هي كلية تجري في كل ما تَصْدُق عليه، إذ هي مهمَلة، وكيف يصح أن تكون كلية. وفي المدوَّنة ما نصه : قال ابن القاسم : ومن باع سِلعة ثمَّ جعل للمبتاع الخيار بعد تمام البيع أو جعل المبتاع للبائع الخيار لزم ذلك إذا كان يجوز في مثله الخيار، وهو بيع مؤتَنَف بمنزلة بيع المشتري لها من غير البائع، وما أصاب السلعة في أيام الخيار فهو من المشتري لأنه صار بائعا. (هـ). فلو كان اللاحِقُ للعقد كالواقع فيه لكان الضمان من البائع لا من المشتري، وهو خلاف نص المدوَّنة. وفي ابن سلمون : فإن وقع البيع صحيحا وطاع بالثنيا بعد ذلك جاز وتكتب في ذلك...الخ. ولو كان اللاحِق للعقد كالواقع فيه حكما كليا ما جاز الطوع المذكور. وفي المتيطية : ولو ذكر هذا الطوع في آخر عقد الابتياع قبل تقييد الإشهاد وبعد وصْف البيع أنه انعقد دون شرط وَلَا ثنيا ولا خيار، لم يخل بالعقد وكان جائزا كالتبري من الوظيف سواء، وعقْدُه بعد ذلك في غير عقد وثيقة الابتياع أحسن وأبعد من التهمة، وكثرا ما يفعله

النّاس ليبعدوا الضنة عنهم في ذلك. (هـ). فلم يجعل اللاحِق للعقد كالواقع فيه مع كونهِ هذا مما يغلب وقوعه، وأمثال هذا كثير. وأما القياس على مسألة أو ألحِق به فقياس على فرع مع كونه فاسد الوضع، والله أعلم. وكتب عبد الله تعالى محمد التّاودي بن سودة كان الله له. (هـ).

فرع من ارتهن رهنا من غيره وحازه بمعاينة بينة، ثم اكتراه منه رجل وعقد له المرتهن الكراء ثم اكتراه ربه من المكتري، هل يبطل حوز المرتهن باكتراء الراهن وسكناه فيه أو لا يبطل. قال المتيطي : إذا اكتراه من المرتهن مَن لا يتَّهمُ برده للراهن ثم اكتراه الراهن من المكتري، لم يبطل حوز المرتهن له بذلك وكان على حيازته. (هـ) من المجالس بالمعنى. ومن نوازل الإجارات وما معها من المعيار،

وَسئل ابن عرفة عمَّن رهن أصلا وحوَّز للمرتهن أصله المكتوب، فَتلف عند المرتهن رسمُه المكتوب.

فأجاب بأنه ينظر إلى قيمة الأصل برسمه وقيمته بغير رسم، وما بينهما يضمنه أو يُثبت ملكية الأصل. (هـ).

وسئل من يتسمّى عمَّن اشترى من آخَرَ سلعةً ثم رهنه فيها جِلداً وأذن له في صلب العقد أن يبيع الجلد المذكور قبل الأجل أو بعده، ثم إن رب الدَّيْن باعه قبل الأجل وبأقل من قيمته، هل البيع المذكور ماضٍ، وعلى إمضائه على من يرجع الغريم المذكور ؟

فأجاب : الحمد لله، لا شك أن بيع المرْتهن، المجْعُولَ له في العقد لا يجوز دون إذن السلطان، وأنه بعد الوقوع والنزول نافذ لا يُرَدُّ، كما في المدوَّنة والمتن وشروحهما. لكن إذا وقع بالقيمة، فإن كان بأقل كما شهد به كان للراهن أن يأخذه من المشتري بالثمن الذي بيع به، فإن تداولته الأملاك كان له أن يأخذه بأي الأثمان شاء على حكم الشفيع يأتي بعد أن تداولته الأملاك في الشقص. قاله ابن رشد ونقله في تكميل التقييد. فإن فات البيع كان له أن يرجع بالغبن على الوكيل. قال في المدوَّنة، قال مالك : وإن باع الوكيل أو ابتاع بما لا يتغابن الناس

بمثله لم يَلزم. قال ابن القاسم : ويرد ذلك كله، فإن فات لزِم الوكيلَ القيمةُ. (هـ) والله سبحانه أعلم. وكتب عبد الله تعالى محمد التّاودي بن سودة تغمده الله برحمته آمين.

قلت : **وسئِل** الحافظ الونشريسي عن الرّاهن إذا فوَّض للمرْتهن أن يبيع وصدَّقه في البيع وأسبابِه دون مشورة قاض ولا غيره، وقلنا بإعماله على القول به، ثم إن الراهن مات، هل للمرْتهن أن يبيع دون مشورة الورثة أم لا، لأن الحق انتقل إليهم.

فأجاب بأن المرْتهن ليس له بيع الرَّهن بما جعله له الرّاهن من التفويض في بيعه لانعزاله، حُكْما، بموت موكله، إلا أن يعقد أنه أقامه مقام الوكيل المفوض إليه في الحياة، ومَقامَ الوصي التام النظر بعد الوفاة، فله الاستبداد بالبيع إذا لم يقضه الورثة حقه. أما شرطه التصديق في البيع وأسبابِه فرأيت في ابن الهندي ما يدل على أنه لا يلزم ورثة الرّاهن بعد موته ما ألزم نفسَه موروثُهم في حياته. قال فيمَنْ باع سلعة بثمن إلى أجل على أن يبقى الدَّيْن إلى أجله، وإن مات المطلوب ثم مات الطالب بعدُ : إن ورثة الطالب لا يلزمهم التأخير.(هـ). فهذا كالنصِّ في أن ورثة الرّاهن لا يلزمهم ما التزم موروثُهم من التصديق، أنظر تمامه في الجواهر المختارة للزياتي. (هـ).

وسئل ابن سودة أيضا عمَّن اشترى من آخر سلعة بثمن لأجل على أن يأتيه من الغد برهن، فلمّا كان الغد زعم أنه لا يقدر على رهن إلا أصلا لا يقدر البائع على التصرف فيه ولا على منع المشتري منه إذا حازه. وقال : إما أن ترضى بذلك أو يفسخ البيع عني، فهل يلزم البائعَ ما قاله المشتري أم لا ؟

فأجاب بما نصه : الحمد لله، الجواب : إن رهن ما لا يقدر البائع على التصرف فيه ولا حيازته على المشتري كالعدم، وحينئذ فيلزم المشتري أن يأتي برهن آخر فيه كفَافٌ للدَّيْن ووفاء به، ويسُجَن في ذلك على الراجح الذي هو مذهب المدوَّنة، كما يفيده عَزْوُ ابن عرفة، ونصُّه : ولو ادَّعى المشتري العجز عن الرَّهن والحميل، ففي سَجنه لذلك الرهن لا الحميل، أو فيهما، ثالثُها، إن رأى أنه يقدر

عليهما سجن، وإن رأى أنه عاجز لم يسجن، لابن مناس عن ابن شبلون، مع ابن محرز عن المذاكرين، ولتسوية المدوَّنة فيهما واختياره. (هـ). فعَزَا للمدوَّنة السجن فيهما، ولا سيما إن ظهر من حال المشتري القدرة على ذلك، لموافقة القول الثالث له أيضا، والله أعلم. وكتب محمد التّاودي تغمده الله برحمته آمين.

نــوازِلُ المـدْيــانِ

سئلت بالرباط عن رجل ادَّعى على آخر بديْن على وجه السَّلف وأتى على ذلك برسمين : أحدهما تاريخه نحو من ثمانية وعشرين عاما، والآخَرُ تاريخه نحو من ثلاثة وعشرين عاما، فأجابه المدَّعَى عليه بأن السَّلف الأول كان لأجل الشركة الأولى وقد تفاصل معه فيها وفي السَّلف لأجلها وتبارا معه في ذلك، وأثبته برجل من التجّار أدّى شهادته عند القاضي فقبلها، وبأن السَّلف الثاني كان لأجل الشركة الثانية، وإلى الآن ما وقع فيها فصل بينهما، فيطلب إحضار رسم الشركة الثانية ليعلم صدق ما أجاب به أو اليمين على أنه ليس تحت أيديهم، كما يطلب منهم إحضار الكنانيش والمكاتب وغير ذلك مما يرجع للشركة الأخيرة ليعمل الحساب فيها على حسب ما يقتضيه الشرع المطاع أسماه الله.

فأجبت : الحمد لله، قال الزرقاني ما نصه : في فتاوي البرزلي : اختلف المذهب في حد السقوط القاطع لطلب الديون الثابتة في الوثائق والأحكام مع حضور ربها وتمكنِه، فقيل : عشرون سنة وهو قول مطرف، وقيل : ثلاثون وهو قول مالك. قال : وأَحْفَظُ لابن رُشد في شرحه أنه إذا تقرر الديْن وثبت لا يبطل وإن طال، لعموم خبر : «لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدُم»، واختاره التونسي إذا كان بوثيقة مكتوبة وهي في يد الطالب، واختاره شيخنا الغبريني، وسواء كان من بيع أو سلف أو صدقات. (هـ). وهذا القول الثالث المنقول عن شرح ابن رشد، قال فيه الشيخ التّاودي في شرح التحفة : هو المعتمد، وبه افتي أصحابنا رحمهم الله. (هـ). ونحوه للشيخ بناني في حاشية الزرقاني معبرا عنه بالمشهور.

ونصّ المعيار في نوازل البيوع : سئل سيدي عبد القادر العبدوسي عمَّن له ديْن على رجل برسم، وللرسم المذكور مدَّة من أربعين سنة، فهل يبطل الدَّيْن بتقادم عهده أم لا ؟

فأجاب : طول المدَّة المذكورة لا يبطل الدَّيْن عن المديان المذكور، ولا خلاف في ذلك، وإنما الخلاف إذا كان الدَّيْن برسم وطالت المدَّة جدا وادَّعى

المديان قضاءه، فقيل : يقبل في القضاء مع يمينه، وقيل : لا يقبل وهو المشهور.

وأجاب أيضا عن رسم صداق زوجة ماتت وبقي بعدها الزوج نحو الستين سنة بما نصه : الصداق لا يبطل بسكوت من وجب له المدةَ المذكورة، وكذا سائر رسوم الديون إذا ادَّعى المِدين الخلاص منها، هكذا وقع في الروايات وإن كان فيه خلاف، لكن القضاء والعمل بما قدمناه. (هـ) بلفظه. فتحصل من جوابه أن هذا القول هو المشهور والمعمول به، وإذا تقرر هذا فنقول : إن رسم السَّلف الثاني وهو الذي فيه ثلاثمائة ريال يجب على المدين قضاؤه بلا خلاف، لأنه لم يدَّع فيه قضاء، بل أجاب عن المقال بالاقرارِ، وكذا البينة التي أدلى بها، شاهدة عليه بأنه لم يقض ما فيه إلى الآن، وعليه فلا تجب له أيضا يمين القضاء على الورثة، لأنه (أي المدين) لم يدَّع قضاء على الموروث وهو ظاهر جدا، والله أعلم. وأما قول المدين في جوابه عن المقال أن السَّلف كان لأجل الشركة، فدعوى لا دليل عليها، لأن رسم السَّلف خالٍ منها، بل توجب فساد الشركة التي ادَّعاها، إذ لا يصح اجتماعها مع القرض في عقد واحد. وأما شهادة التاجر كراكش، التي استظهر بها المدين أيضا فغير مفيدة لأمرين :

أحدهما، ترك الاستفسار وهو أمر لا بد منه مع ما فيها من الاحتمال، لأن قوله لما أرادا عقد الشركة بينهما في عام ستة وسبعين، أسلفه لأجل هذه الشركة سبعمائة مثقال...الخ.

لم يبين الشهر ولا اليوم، فيحتمل أن العِدَّة التي ذكرها هي من هذه، ويحتمل أن تكون غيرَها وهي التي تفاصلا فيها، وأيضا لم يبين في شهادته هل الشركة والسَّلف كانا بمرأى منه أو لا. وقد جرى العملُ بأن شهادة العامي لا تصح إلا مع بيان مستنَدِ علمه.

قال الشيخ الرهوني في باب الشركة ما نصه : وبالفرق بين شهادة العامي وغيره في بيان مستنَد العلم. انظره. وقال الونشريسي رحمه الله : جرى عمل القضاة بالمغرب الأوسط والأقصى منذ مائتيْ سنة، باستفسار شهود الاسترعاء عند المبرزين عن شهادتهم بعد أدائها عند القاضي وقبوله إيَّاهم. (هـ). نقله الشيخ

ميّارة في شرح الزقاق، وقال بعده : وهو شامل للعدول واللفيف. (هـ).

ثانيهما، استبعاد هذه الشهادة، إذ لم تجر العادة في الحواضر بإشهاد العوام على الشركة والسَّلف والإبراء منها، لأن أهل الحاضرة لا يعتدُّون إلا بشهادة العدول المنتصبين للشهادة، فالعدول عن شهادتهم إلى شهادة العوام رِيبة ظاهرة. وفي موانع الشهادة من المختصر ما نصه : «إن استبعد كبدوي لحضري. قال الشيخ بنّاني : لا يتقيَّد بهذا. (هـ) أي لا مفهوم لهذا المثال وإنما المدار على الاستبعاد. قال في التوضيح : وذلك لأنه يَبْعُد في العادة إشهاد أهل الحاضرةِ رجلا من البادية فيما يحتاجون إليه ويتركون شهادة الحضريين. (هـ). وهذه العلَّة موجودة هنا بعينها، إذ كيف يترك شهادة العدول المنتصبين ويصار إلى شهادة رجل من التجار، والعادة عند أهل الحضر إذا أسلفوا أو باعوا ولا سيما بالمال الكثير أن لا يعتدوا إلا بشهادة العدول، وأحرى إن كانوا في غاية السهولة. وأيضا قد نص غير واحد على أن شهادة التجّار لا تجوز في شيء من الأشياء إلا في تقويم السلع حيث لم يوجد من يعرفها غيرهم. قال الزرقاني : ولا تجوز شهادة تجار لا يعرفون أحكام البيع لا في مال ولا نكاح ولا شيء من الأشياء لغلبة أكلهم الربا بسبب جهلهم أحكام البيع والشراء، هذا مذهب مالك. (هـ) الغرض منه، وسلمه المحشيان، ومثْله للشيخ الرهوني في تويْلف له في التجارة لأرض الحرب، وبقي في هذه الشهادة أمورٌ أخرى. وأما مَا نقله المفتي واستدل به من كلام التسولي : فغفلة عظيمة، لأن المديان أجاب بالإقرار، وطلب إعمال الحساب في الشركة الأخيرة. وكلام التسولي فيما إذ ادَّعى الخلاص من الدَّيْن، وبعبارة، كلام التسولي فيما إذ ادَّعى المدين قضاءَ الدَّيْن، والمدين هنا لم يدَّع قضاء، فبينهما كما بين الضب والنُّون، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

ووقع الجواب عن رسم مضمَّنه تعمير ذمَّة شخص لآخر بثمن أَمَة موصوفة، معلوم القدر يؤديه الغريم لربه متى ما طلبه، لا يبرئه إلا الواجب، تقدم تاريخه عن زمن الْقيام به بنحو أربعة عشر عاما، وعلى علامة شهيديْه خضم، فهل يعمل به مع ذلك أم لا، بما نصه :

الحمد لله، رسم الدَّيْن أعلاه صحيح، ويُقضى بمضمَّنه على الغريم المذكور، عاش أو مات، ولا يضره ما فيه من الخضم على علامتيْ شهيديْه ولا طولُ زمانه، لأن الدُّيون الثابتة بموجبها لا تحاز ولا تبطل بطول الزمان على الراجح من الخلاف، وهو الذي جرَى به العمل حسبما في المعيار عن العبدوسي، والله أعلم. وكتب عبد ربه تعالى محمد بن ابراهيم لطف الله به آمين. (هـ).

قلت : وما قاله بالنسبة لطول الزمان صحيح، لكنه مقيد بتقييد المازري الذي نقله الحطّاب وأقره آخر باب الشهادة، واعتمده شيوخ شيوخنا ومعاصروهم، وتأتي فتواهم بذلك. وأما بالنسبة لعدم ضرر الخضم فلا، لأن العُرف قاض بأن الخضم على العلامتين بسواد مثلا دليل على إبطال الرسم وأداء ما فيه، يعلم ذلك كلّ من مارس دكاكين الشهود وقضاء الدُّيون واقتضاءَها. ويدل لهذا العُرف الشائع الذائع ما ذكره الشيخ ابراهيم الشبرخيتي عند قول المتن : وقضى على رب الدَّيْن بأخذ المدين الوثيقةَ من يد رب الدَّيْن أو من يتنزل منزلته، ظاهره من غير خضم عليها وهو قول ضعيف، فيقيد كلامه بما إذا كان بعد الخضم عليها أو الكتابة على ظهرها كما قاله ابن عبد الحكم، بدليل قوله : ولربها بردها إن ادَّعى سقوطها فلا ينفع المدينَ أخذُها من غير خضم، ويقضى بالخضم أو تقطيعها. قال المتيطي : وبه العمل، ثم قال : وأحسن من هذا كله، كتابةُ براءة، كما في أحكام ابن سهل. (هـ). فكلامه صريح في أن الخضم أمارة على إبطال رسم الدَّيْن وقضاء مَا فيه، فاعْلَمْه، وبالله التوفيق. وذكر في الصورة التي بعد هذه متَّصلة بها أنه وقع في رسم العريَّة من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس، أنه سئل عن رجل قام بذكر حق، مَمْحُوّ على رجل آخر صاحب ذكر الحق أنه محاه، وظن أنه قد قضاه وله بينة على ما فيه. وقال الغريم : قد قضيته، وما محاه إلا عن قبض، فما ترى ؟ قال ابن القاسم : يحلف الغريم بالله لقد قضاه ولا شيء عليه. (هـ) الغرض منه. وأما ما أجاب به من أن الدُّيون الثابتة لا تبطل بطول الزمان فصحيح، يدل له قوله عليه السلام : لا يبطل حق امرىء وإن قدُم، لكن لا بد من مراعاة القرائن والأحوال، كما أشرنا إليه. (هـ).

ووقع الجواب من شيوخ شيوخنا عن مسألة تظهر من الجواب بما نصه :

الحمد لله، إعلَمْ أن المسألة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيرا، وقد كنت أفتيت بأن تقادُم العهد لا يبطل الدَّين، لقوله عليه السلام : لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدُم، واستدل به ابن رُشد واللخمي والتونسي، ومضى عليه العمل بإفريقية، لكن ذلك مقيَّد بأن لا يقترن بقرائن تدل على صدقه مع طول الزمان، فيعمل عليها كما إذا كان رب الدَّين بالحالة الموصوفة بمحوَّله، ولم يكن مانع يمنعه من الصدق في دعوى القضاء، فيتعيَّن الحكْمُ بما ذكره البرزلي من التقييد، والله أعلم. وكتب عمر بن عبد الله الفاسي.

وبعده، الحمد لله، كنت وافقت على الفتوى في هذه النازلة المختلَف فيها بما أفتى به ابن رُشد والتونسي واللخمي وجرى به العمل، فإن تقادُم العهد بالدَّيْن لا يبطله، وهو الذي يدل له قوله عليه السلام : لا يبطل...الخ. ولَكن لمَّا تبيَّن وكشف الغيب، أن رب الدَّيْن بالحالة المشهود بها، قوِيَ في نفس الحاكم أرشده الله وأعانه، أن الحالة من أعظم قرائن الصدق في دعوى القضاء، وأن ذلك ينهض لمدَّعي القضاء، كان له أن يعتمد في الحكم بذلك تقييد المازري، وقد نقله الحطّاب وأقرَّه، والله سبحانه أعلم. وكتب محمد بن قاسم جسوس. وبعده تصحيح سيدي العربي القسمطيني ومولاي عبد القادر السجلماسي قاضي مكناسة الزيتون. (هـ).

قلت : التقييد المشار إليه نقله الحطاب في الفرع الذي ختم به باب الشهادة، ونصُّه : وقال البرزلي أثناء مسائل البيوع : رأيت جوابا وأظنه للمازري في الديون فقال : إذا طال الزمان على الطالب وبيده وثائق وأحكام وهو حاضر مع المطلوب، ولا عذر له يمنعه من الطلب، فاختلف المذهب في حد السكوت القاطع لطلب الدُّيون الثابتة في الوثائق والأحكام، هل حد ذلك عشرون سنة وهو قول مطرف أو ثلاثون سنة وهو قول مالك، واتفقا جميعا على أن ذلك دلالة قاطعة لطلب الطالب، وقوله ﷺ : «لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدُم»، يعلل بوجود الأسباب المانعة من الطلب بالغَيبة البعيدة وعدم القدرة على الطلب مع

الحضور، حتى إذا ارتفعت هذه االأسبابُ من الطلب كَان طولُ المدَّة مع السكوت والحضور دلالةً يقوى بها سبب المطلوب، بدليل قوله عليه السلام : من حاز شيئا على عين خصمه عشر سنين فهو أحق به، فأطلق عليه السلام في أمد الحيازة فهو عام في كل ما يحاز من رَبْع ومال وغيره، مميز وغيره، ومن اجتهد، فحَدَّ في الرباع العشر سنين، وحد في الدَّيْن العشرين والثلاثين، رأى أنَّ ذلك راجع إلى حال الطالب مع المطلوب، فمن غلب على حاله كثرة المشاحة وأنه لا يمكن أن يسكت عن خصمه عشر سنين جعلها حدا قاطعا، ومن جعلها عشرين أو ثلاثين رأى أنها أقصى ما يمكن السكوت في بيع التحمل، فجعلها قاطعا لأعذار الطالبين، لأن الغالب من الحال أنه قضاه. وقد قضى عمر بتغليب الأحوال، وقاله مالك فيمن له شيء ترك غيره يتصرف فيه ويفعل فيه ما يفعله المالك الرّهن الطَّويل، فإن ذلك ممّا يسقط المِلك ويمنع الطالب من الطلب، قاله مالك وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ. وإذا كان طول المدَّة مع حضور الطالب وسكوته مانعا له من الطلب، فالطَّلبُ ممنوع في سائر المطالب من ديون ووثائق وأحكام ورباع، بدليل أن السكوت في ذلك يعد كالإقرار المنطوق به من الطَّالب للمطلوب بأنه لا حق له عليه ولا تِباعة ولا طلب. (هـ) المراد منه. وراجعه عن قول المتن في الحيازة : وإنما تفترق الدّار من غيرها. وراجع قوله في العمل المطلق : وإن برسم كالىء تقيد. الناظم وما شُرِح به. (هـ).

ووقع الجواب من أهل عصرنا عن مسألة تظهر من جوابهم بما نصه :

الحمد لله، حيث توفيت البنت فاطمة أعلاه عن واجبها من ثمن الدّار والجنان حيث أشير وأثبت بِزمام تركتها بمحضر جدَّتها طاهرة اللعبية ووكيلها فُلان وموافقتهما على ذلك، وقسمت التركة على عين من ذكر، لم تسمع من اللعبية المذكورة ولا من وارثها من بعد موتها دعوى أن ذلك الواجب من الثمن كانت أخذته فيما أنفقته عليها ولو اثبتتْ الإنفاق، لأن سكوتها عند القسْم وموافقتها على إدخاله في المتروك دليل على إسقاطه عنها. ففي ابن سلمون : من كان له ديْن على تركة، فقسمت التركة وهو حاضر ساكت، فذلك يبطل دعواه في الدَّيْن. (هـ) والله أعلم. وكتب عبيد ربه محمد بن ابراهيم لطف الله به آمين.

وبعده، الحمد لله، ما رسم أعلاه من عدم سماع دعوى اللعبية المذكورة ولا دعوى وارثها بعد وفاتها أن ذلك الواجب من الثمن كانت أخذته فيما أنفقته ولو اثبتت الإنفاق، صحيح المعنى، مستقيم المبنَى. قال في المنتخَب : قيل لعيسى : فإن مات رجل فاقتسم ورثته مالَه ورجل حَاضِر ينظر إلى قسمتهم، ثم قام بعد ذلك بذكر حق، قال : لا شيء له، نقله شارح التحفة والمكناسي آخر مجالسه. وفي التحفة :

وحاضر لقسم متْروك له البيتين...الخ.

ومفْهوم قول التحفة : بعد أن بقي للقسم قدر ديْنه المحقق أنه إذا حضر وسكت حتى قسمت التركة كلها لا شيء له، والله أعلم. وكتب عبد ربه محمد بن الطاهر الحسني لطف الله به. (هـ).

وبعده، الحمد لله، ما رسم أعلاه من سكوت المرأة حتى قسمت تركة موروثها وفرغ منها وهي حاضرة تشاهد ذلك ولم تطلب ما ترتب لها عليها من النفقة، موجِب لسقوط دعواها الإنفاق، صحيح لازم لها ذلك إذا ثبت ذلك بموجب الثبوت ولم يكن لها عذر. قال ابن رُشد في نوازل عيسى : سئل عمَّن له الحق على ميت، فاقتسم الورثة مالَه وهو حاضر ينظر ثم قام بعد، فلا شيء له إلا أن يكون له عذر في ترك القيام. (هـ). فلا تسمع دعواها إلا مع العذر كما لغير واحد، كأبي الحسن والرعيني حسبما في المجالس، والله تعالى أعلم. وكتب راجي عفو مولاه عبد الله أبو بكر المنجرة الحسني وفَّقه الله بمنِّه. (هـ).

وبعده الحمد لله، ما رسم أعلاه وصُحِّح، صحيح. ففي أحكام ابن سهل عن غير واحد : أن من له ديْن على ميت، وقسمت تركته بمحضره ولم يتكلم وهو قادر، فإنه لا قيام له بعد ذلك، إلا أن بقي شيء من التركة يفي بدينه. وقال : إني إنما سكت لأني، علمت أن ما بقي يفي بحقي، فإنه يحلف على ذلك ويقتضي حقه. (هـ). وقال في المنتخَب : إلا أن يكون له عذر في سكوته، كأن يكون لهم سلطان يمتنعون به أو نحوه ممّا يعذر به فله القيام وإن طال. قال في المجالس : ولو قال : سكتت لأن الرسم كان غائبا عني، وخِفت إذا طلبت دَيني عجَّزني

القاضي، أو قال : لم أجد ما أقوم به حتَّى الآن، فلا شيء له. (هـ). وعليه فالجدَّة اللعبية المذكورة جيث لم يكن لها عذر يقبل شرعا ممّا أشير إليه فلا تسمع دعواها فيما ترومُه من الرجوع بما أنفقته على حفيدتها المذكورة، لأن سكوت وكيلها المذكور عند القسْم وموافقته على إدخال ثمن واجب الحفيدة مِن حَظّيْ الدّار والجنان المشار إليهما في المتروك، دليل على إسقاط الجدَّة ذلك عن حفيدتها كما بالرسم أعلاه، سِيَمَا إن كانت حاضرة إذ ذاك مع وكيلها كما هو الشأن والعادة، وذكره حامله. وفي ابن سلمون : ويلزم الموكلَ ما قاله عنه وكيله إذا جعل له الإقرار والإنكار كان له أو عليه، إلى أن قال : وهو بمنزلة إقرار الوكيل بنفسه. (هـ). وكما لا تسمع لذلك دعواها لا تسمع دعوى وارثها بعدها، والله أعلم. وكتب محمد العربي بن الهاشمي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ).

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك التطواني عن أم تحملت عن ولدها صداقه فأعدمت، غيرَ أن لها ثورا واحدا، فأفتى بعض المتساهلين أنه يبقى لها، لقول المتن : وتُرك له قُوتُه...الخ.

فأجاب : أنه حيث تحملت الأم في عقد نكاح ابنها وأعدمت فلا يطالَبُ الابن بشيء حيث بنَى، كما في ابن سلمون. وعنه نقله ميّارة، ونحوُه في المجالس وغيره، ويباع عليها الثور وغيره كما في المدوَّنة وهو المشهور. قال فيها : قال مالك، يبيع الإمام عليه عرُوضَه كلها أو دارَه وخادمَه وسرجه وسلاحَه وخاتمه وغير ذلك إلا ما لا بد منه من ثياب جسده، ونقله المّواق. فاتِباعه واجب، وغيره تساهل وهو يُسْقِط الفتوى، كما في الحطّاب عن ابن فرحون وهو في المعيار أيضا.

وسئل أيضا عن تصحيح ما أفتى به غيره دون نص من أن المفلسَ إذا باع ما اشترى قبل تفليسه فلا شيء لبائعه، أخذا من قول المتن : «ولم ينقلَ لا ان طحنت الحنطة أخذا أحرْويا».

فأجاب انه صحيح منصوص عليه في المعيار عن زونان، سئل عن الرجل يبيع السلعة ثم يبيعها المشتري لآخر ثم يفلس المشتري الأول فيجد البائع السلعة بعينها، فأجاب : لا سبيل له إليها وهو إسوة الغرماء. (هـ)، وهو كاف وافٍ مُغْنٍ

عن القياس، والله الموفق.

وسئل أيضا عمّا يظهر من جوابه.

فأجاب :البينة أعلاه بالعدَم تامَّة يقضَى بها بعد الإعذار. قال في المتن : «وإن شهد بعسره أنه لا يُعرف له مال ظاهر ولا باطن، حلف كذلك وزاد وإن وجد ليقضيَّن». (هـ). قال ابن رُشد : وإنما وجب استحلافه لأن البينة شهدت على العلم، كما للمواق في تاجه : والمذهب حَلِفُهُ على البتِّ، ولا عبرةَ بكلام ابن سلمون. قالهُ أبو علي في حاشيته، والله الموفق.

وسئلت عن ذمي له رسم على رجل من البادية بستين ريالا، فادَّعى الرجل أنه دفع له منها خمسة وأربعين ريالا وأقام على ذلك بينة اللفيف تشهد له، فأفتاه بعض أهل العصر بأن بينة اللفيف غير كافية في أداء الدَّيْن.

فأجبت : الحمد لله، لا مزيدَ على ما سطَّرناهُ قبل هذا من صحة بينة اللفيف الشاهدة بدفع الخمسة والأربعين ريالا للذمى المذكور، لما بيناه من جري العمل بصحَّة شهادة اللفيف في الأموال وغيرها. فقد ذكر العلاّمة سيدي بلقاسم العميري في شرح العمليات عن القاضي ابن سودة أن الذي أدرك العمل به أنه لا يمين مع اللفيف، وأن شهادتهم لا تختص بالأموال، قائلا : بل عدم تخصيصه بها هو الجاري المعمول به في النكاح والطلاق والرضاع والتسفيه والترشيد وغير ذلك. (هـ). وقال العلاّمة السجلماسي بعد نقل جواب للجلالي، فيه تخصيص شهادة اللفيف بالأموال، ما نصه : وكلام الناظم هنا في الشرح صريح في أن العمل الجاري بفاس، قَبولُ اللفيف في جميع الأمور لا في خصوص المال، خلافُ ما ذكره الجلالي. (هـ). ثم نقل ما يؤيد به العمل المذكور فانظره.

وإذا تقرر هذا علم أن شهادة اللفيف هنا بمنزلة عدلين شهدا بدفع الدَّراهم المذكورة، فأي دعوى تسمع لهذا الذمى بعدم قبضها. وَفَهْمُ هذا من النصوص المجلوبة ظاهر جدا بلا تأمل. وأما ما سطر أعلاه، ففي غاية الركاكة والسقوط بحيث لا ينبغي أن يصغى إليه، وذلك أن قوله ولا ينفعه ما ادَّعى من

الوفاء، مخالف لنصوص العلماء المصرحة بأنه ينفعه كل ما ادَّعاه وأثبته بِبينة اللفيف. وقوله أيضا : وعليه البيان المعتبر شرعا السّالم من كل طعن بالوفاء، قد علمت من كلام الأئمة أن بينة اللفيف كافية في هذا البيان الذي زعمه، فلا يطلب بالزيادة عليها شرعا. وقوله : إذ الأصل في كل ما كان بإشهاد لايبرأ منه إلا بإشهاد ولو وديعة، هذا باطل لأمرين :

أحدهما، ان كل ما قبض بإشهاد كالدَّيْن يبرأ منه المدين بالشهادة، وإن لم يكن إشهاد كما هنا. ففي ابْنِ سلمون : يلزم الدّافعَ أن يقيم البينة بالدَّفع وإلا فالغرم عليه بعد يمين صاحب الدَّيْن ما و صل إليه شيء ولا دفعَ إليه شيئا، ويأخذ حقه من الذي زعم أنه دفع، إلا أن يقيم البينة على الدفع كما تقدَّم. (هـ). فانظر كيف اشترط في براءة الذِّمة أن يقيم البينة على الدفع فقط، أي سواء وجد الإشهاد أم لا.

ثانيهما، أن ما احتج به من كلام المختصر ليس بشيء، لأن البينة المقصودة للتوثُّق إنما تكون فيما يصدق فيه القابض في الرد والجحود، فيشهد عليه خشية ادعاء ذلك كالمُودَع والمستعير وعامل القراض والشريك ونحوهم من الأمناء. وأما الدَّيْن المأخوذ ببينة فلا معنى للتوثُّق فيه لأن قابضه لا يصدَّق في الرد ولا في الجحود. فيتبيَّن من هذا أن الكاتب أعلاه التبس عليه الدَّيْن بالأمانة وصار يخبط خبط عشواء. وقوله أيضا : قال الرباطي : الذي جرت به الفتوى أنه يكتب في أثناء الوثيقة : المدفوع...الخ، هذا صحيح، ومعناه أن المدين إذا دفع ما عليه من الدَّيْن فله حالتان، إما أن يأخذ الوثيقة ويقطعها، وإما أن يكتب المدينُ المدفوعَ فيها وتبقى بِيد ربها، جرى العمل من الوجهين بأنه يكتب الدَّيْن على ظهرها وتبقى بِيد صاحبها، وهذا كله إنما يحتاج إليه إذا لم تشهد البينة بدفع الدَّيْن، وأما إذا اشهدت بينة بالدَّفع كما هنا فلا حاجة للأمرين معاً، لأن بينة الدَّفع تقابل بينة القبض، وكان الكاتب يفهم أن البراءة من الدَّيْن لا تكون إلا بالدفع على ظهْر رسم الدَّيْن، وأن العمل جرى بذلك وليس بصحيح قطعا. ففي الحطّاب نقلا عن ابن رُشد ما نصه : يقوم من هذِه المسألة من كان له حق على رجل بوثيقة، فدفع

الذي عليه الحق ذلك الحق إلى الذي له عليه الحق ودعا إلى قبض الوثيقة منه أو تحريقها، ان ذلك ليس عليه وإنما لَهُ أن يشهد عليه وتبقى الوثيقة بيد صاحب الدَّيْن. وتقدم عن ابن سلمون، أنه يلزم الدّافع أن يقيم البينة بالدَّفع، ومثله في تبصرة ابن فرحون. فانظره. وقوله : وما ادَّعاه مخالف لعوائد الناس، ودعوى الذمى مرجحة بالعوائد. هذا من العجب العجاب، فإن دعوى المدَّعي مرجحة بالبينة المقبولة شرعا، وانكار الذمي لا دليل عليه شرعا، فكيف يسمع منه على أن ما زعمه من العُرف في اليهود غير صحيح، فإنهم كثيرا ما يقبضون دراهم الدَّينْ ويمتنعون من كتابتها في الرسوم، وإذا دُعُوا إلى الحكام تمرَّدوا على الأحكام، ولا سيما إذا حلَّ الأجل ولم يحضر المدين إلا بعض الدَّين فيخوفونه بالسجن حتى يسكت، ومنهم من يوهم أنه كتب المدفوع على الرسم، ومنهم من يحضر رسما ويقطعه، فإذا طلب المدَّة أظهر له الرسم باقيا على حاله، فيتخلص في الرسم مرتين أو أكثر، وهذا أمر شائع ذائع وهو واقع الآن، فلا ينكر هذا إلا من طبع الله على قلبه، وعليه فالعرف المذكور إنما هو فيمن تجري عليه الأحكام لا غير، وقوله : إذ عمارة الذمة بالعدول فلا تخلَى إلا بهم، يقتضي أن اللفيف لا تجوز شهادتهم في دفع الدَّيْن، وليس بشيء، وتقدم النقل في ذلك، وأن العمل بفاس على جوازها في كل شيء، وبه أيضا يبطل قوله : إنما تجوز في بلد لا عدول فيه، والله أعلم. وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك عمَّن نحل أولاده نصف ماله وعليه ديون.

فأجاب : إن الدَّيْنُ إذا كان محيطا بماله وكان الدَّيْن قبل العطية بطلت النحلة، لأنه ليس له أن يعطي مال غيره كما في التَّبيين عن المتيطي وغيره وهو واضح.

وسئل العلّامة سيدي محمد الرهوني عمّا يُفهَم من الجواب.

فأجاب :كَتْب الأب الحوائج، وإبقاؤه على ذلك مكتوبا حتى مات، يوجب أن يكون لأولاده مقدارُ إرثهم من أمهم فيها، ومقدار إرث الأب منها يكون

لجميع الورثة، فما وجد منها وقع الإرث فيه بعينه، وما فات منها ورثت قيمته إن كان مقوِّما، ومثله إن كان مِثليا، والله سبحانه أعلم. (هـ).

وأجاب عقبه الحائك رحمه الله بما نصه :

الحمد لله، المذكور أعلاه صحيح إن كان الأب كتب بذلك ذكر حق، وإلا أخذ ما وجد وحوسب بما أنفق فيما استهلك، كما أفادهُ كَلام ابن رشد، المنقولُ في الحطّاب، القائل أبو يحيى بن عاصم في تفصيله إنه المعوَّل عليه في المذهب، وتفصيله المذكور مذكور في التحفة وشرحِها آخِرَ الوصية، والله الموفق.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك عمن له دين على آخر بِرهن إلى أجل بشرط منفعته، فحل الدَّيْن وبقي المرتهن يسكن مدَّة دون أن يعطي شيئا من الكراء ودون أن يكون أخذ دينه وطلب من مدينه أن يبرئهُ من ذلك الكراء فأبرأه منه، والضمائر منعقدة على أنه لتأخيره بديْنه إلى أن مات وورثته يعلمون ذلك، وإذا قلتم بوجوب الكراء، فهل على نحو ما كان عليه أولاً، أو على ما يقوله العارفون .؟

فأجاب : أنه إن كان الإبراء لأجل الإرجاء بالدَّيْن فإنه لا يجوز، لأن من أخر ما عجل فإنه يعد مسلِّفا اتفاقا كما في التوضيح، وعنه نقله أبو علي. وفي المدوَّنة، قال ابن أبي سلمة : كل شيء كان لك على غريم كان نقدا فلم تقبضه أو إلى أجل فَحَلَّ الأجل أوْ لم يحل فأخرته به على إن زاد شيئا قل أوكثر فهو ربا...الخ، نقله القلشاني. وقال ابن سلمون : وإذا انقضت المدَّة وتمادى المكتري على السكنى والاعتمار في الدّار وغيرها، فهل يحاسب بالكراء المتقدم أو يؤخذ بكراء المثل ؟، في ذلك قولان لابن القاسم، قال عنه عيسى : وكراء المثل أحب إلي، إلا أن ينقص على الكراء الأول، فيأخذ الكراء، وإن زاد فيحلف صاحبها أنه لم يرض بالكراء الأول ويأخذه. (هـ). وهذه أنقال كفيلة بقسمَيْ السؤال، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عمَّن باع دارا إلى أجل دون حميل ولا رهْن، ثم ظهر من المشتري اختلال فأراد أخذ حميل أو رهن.

فأجاب : أنه سئل عنها بعضهم كما في المعيار، فأجاب : إذا تبيَّن من المشتري خلاف ما كان يظهر منه وخشي إن بقي الأمر على حاله أن لا يجد عند الأجل قضاء، فمن حق البائع أخذه بوثيقة من حقه، إما حميل أو رهن أو يضرب القاضي على يده في الضيعة ويشهد أنه منعه من التصرف ويُشْهر ذلك. (هـ). على نقل أبي علي قائلا : وما قاله صاحب المعيار، الظاهر فيه أنه موافق للمدوَّنة.

وسئل أيضا عمن له ديْن على آخر إلى أجل فحل ولم يكن عنده ما يؤديه منه، فعامله ليؤديه من المعاملة الثانية، فهل يجوز أم لا ؟ وقيل بكل، وبالتوقف.

فأجاب : تمنع هذه المعاملة كما في المعيار عن ابن لب من أنه إن ظهر من دخول معاملة على أخرى القصد إلى قضاء الأولى من الثانية، حتَّى يصير قد صرف عليه ما أخذ منه ويحول ما كان في الذمة إلى جنس آخر مؤخر، فذلك فسخ ديْن في ديْن، ويتفق هذا كثيرا في دخول معاملة عند حلول الأولى أو قرب حلولها، فتقوى التهمة على القصد إلى المحظور، فمنع الفقهاء من ذلك. (هـ). ونحوه لأبي اسحاقِ الشاطبي حيث قال : أما هذا إذا كانت عليه دنانير حل أجلها أو اقترب حلوله فلا يجوز أن يبيع الذي له السلعة من الذي عليه الدَّيْن بثمن إلى أبعدَ من الأجل لأنهما يتهمان أن يكون إنما باع منه السلعة ليبيعها فيرد إليه ثمنها ويفسخ ماله من الدَّيْن في أكثر منه، وإنما يجوز مبايعتك لمن لك عليه ديْن إلى مثلِ أجل دينك أو أقرب من أجل ديْنك، أو يكون أجل دينك بعيدا فلا يتَّهم فيها بأخذه منك أن يستعين في قضاءِ مَا عليه.

وقد صرح مالك رحمه الله في الموطّا بمنع ذلك إذا حل الأجل. قال الباجي هذا، كما قال : لأن من كان له على رجل مائة إلى أجل فاشترى منه عند الأجل سلعة تساوي مائة بمائة وخمسين، فقضاه دينه الأول فإنما قضاه ثمن سلعته وزاده خمسين في دينه لتأخيره عند أجله، فهو يشبه رِبَا الجاهلية، ويدخله أيضا بيع وسلف، لأنه إنما ابتاع هذه السلعة بمائة معجَّلة وخمسين مؤجَّلة ليؤخره بالمائة التي حلت له عليه، ووجوه الفساد في هذا كثيرة جدا، فإن وقع، ففي المدونة عن مالك : يفسخ بيع السلعة المبيعة بمائة وخمسين، فإن فاتت فقيمتها نقدا وكانا على

أجَلِهِمَا، ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع. (هـ). قال الامام ابن غازي في تكميله : وهذه تنزل كثيرا في زماننا بين أصحاب الدُّيون المرهونة بمدينة فاس المحروسة، وقد كان القاضي المكناسي يجنح إلى الرخصة في ذلك حتى أوقفته على نص الموطّا وكلام أبي اسحاق. (هـ). وعلى المنع شيخنا (أي التّاودي) في حواشيه، وبه أفتى الحريشي لشيخ بلدنا سيدي الحاج علي بركة، حسبما قيده بخطه في مسائل، وبه قال تلميذه الأحظى المتعين للفتوى بفاس من أمير وقته سيدي محمد بن شيخنا العلّامة سيدي محمد بن ابراهيم لصاحبنا سيدي عبد القادر ابن شقرون. وكان من الشادين في المعقول في مكالمة وقعت بينهما، والله الموفق.

وسئلت عن ذمّي له ديْن على مسلم قدره مائتان من الريال برسم وجد مكتوبا على ظهره : دفَعَ المدين من الدين مائة ريال بخط لا يعرف، وادَّعى الذمي أنه دفع الرسم للمسلم لحسن ظنه به، فكتب على ظهره ما ذكر، فحضر المسلم المدين، وادَّعى أنه دفع جميع الدَّين المذكور، فأفتاه بعض المعاصرين بأنه يحلف ويبدأ مستدِلا بما نقله في نوازل معاوضات المعيار عن ابن سراج ونصه : قد قال الفقهاء : إن مَنْ عُرف بالظلم والتعدّي ينقلب الحكم في حقه، فكيف بكافر مع مسلم، فمَنْ ادَّعى على مَنْ هذه حاله يحلف ويستحق ما طلب، وبالعكس، وكذلك يقضى في قضية اليهودي أن يحلف المسلم أنه خلصه من الحق، فإذا حلف سقط حقّ اليهودي.

فأجبت : الحمد لله، أما المائة من الريال المكتوبة على ظهر الرسم فلا كلام للذمي فيها، وأما الزائد على ذلك فيحلف الذمي يمين الانكار ويستحقه، وكل من المسألتين منصوص عليه.

أما الأوْلَى، فقال الشيخ التسُولي : إذا وجدت الوثيقة بيد ربها مكتوبا على ظهرها بخط لا يعرف كاتبه، خلص أو قضى من الدَّيْن كذا، أو دفع منه كذا أو قضاه كله ونحو ذلك، فإن رب الدَّيْن لا يقضى له بشيء مما وجد مكتوبا بظهر وثيقته، ولا مقال له في أن كاتبه غير عدل أو أن بعض الناس تسوَّر عليها وكتب ذلك لما عليه غالب الناس اليوم من كتابة مثل ذلك، ولا يردهم عن ذلك راد، وبه

كنت حكمت في وثيقة جاءت من السودان في ظهرها بخط مغربي دفوعات لا يعرف كاتبها وهي بيد ربها. (هـ) منه بلفظه، فظاهره بلا يمين، والحق أنه لا بد مع ذلك مِن اليمين لأن ما ذكره شاهد عادي فقط، ولا يكفي وحده بل لا بد معه من اليمين، والله أعلم.

وأما الثانية، فقال سيدي عمر الفاسي في شرح الزقاقية نقلا عن ابن رشد : ويمين القضاء لا نص في وجوبها، إلا أن أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان نظرا للغائب وحفظا على ماله. ثم قال : ولا يشبه ذلك إذا كان صاحبه حاضرا فادَّعى عليه أنه قضاه بعد ذلك أو وهبه إياه، لأن اليمين عليه واجبة في هذا الموضع، بنص قول النبي ﷺ : «البينة على من ادَّعَى واليمينُ على من انكر». (هـ). ونحوه قول الشيخ التّاودي : أما الحاضر يدعي القضاء فاليمين حينئذ يمين منكرٍ والدعوى فيها محققة وهي واجبة بنص الحديث. (هـ). وقال ميَّارة : إذا حلف يمين القضاء وتأخّر القضاء، فليس عليه أن يحلف ثانية بالتوهم المحتمل، ولا يشبه ذلك إذا كان صاحبه حاضرا وادَّعى عليه أنه قضاه بعد ذلك أو وهبه إياه، فإنه يحلف، لحديث : اليمين على من أنكر. والنصوص بهذا كثيرة متداوَلة بين صغار الطَّلبة. وأما قول من قال : إن الواجب في هذه القضية هو حلف المسلم المدَّعَى عليه فليس بصحيح، لأنه عكس للشريعة المطَّهرة وقلب لحقيقتها المتفق عليها بين الأئمة من البينة على المدَّعي واليمين على من أنكر. وأما كلام ابن سراج، فإن صح نقله عن المعيار فهو غريب، إذ لا نعلم ان أحدا من قضاة الاسلام فرَّق بين الحكم لمسلم على ذمي أو لِذمي على مسلم. وفي المختصر المبيِّنِ لما به الفتوى : ولْيُسَوِّ بين الخصمين وإن مسلما وَ كافرا. ولذا قال أبو العبّاس الهلالي في نور البصر : وليحذر الطالب كل الحذر من الفتوى بكل ما يجده في كتاب من غير تمييز بين ما يكسبه عظيم الثواب وما يلحقه أليم العقاب. فقد قال ابن الصَّلاح : إعلم أن من يكتفي بأن يكون في فتواه أو عمله موافقا لقول أو وجه في المسألة، ويعمل بما شاء من الأقوال أو الوجوه من غير نظر في الترجيح فقد جهل وخرق الاجماع. (هـ) والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عمّا أفتى به غيره من أن من عليه طعام في وقت غلاء فماطلَ به حتى زال الغلاء فإنه يجب عليه قيمة الطعام في وقت الغلاء حيث ماطلَ به كما في الاستغناء وتبصرة اللخمي والأحكام لابن العربي. وذكره الفاسي في كتاب التدليس، وكذا من له طعام في زمن الرخاء فطولب بقبضه فامتنع من قبضه حتى غلا الطعام فليس له إلا قيمته في زمن الرخاء، وفيه خلاف ذكره في الفصول، وفي المنتخَب لابن أبي زمنين، وفي الاتفاق والاختلاف، وذكر الأجهوري المسألتين عند قول خليل : ولا يجوز دين بدين.

فأجاب : الذي في المختصر في باب الغصْب، أنه يضمن المثليَ ولو بغلاء بمثله، ولا يكون المماطِل أسوأ حالا من الغاصب. نعم حكى اللخمي فيه خلافا في الغاصب في الشدة، ثم صار إلى الرخاء، وأن المازري قال : المشهور أن الحكم لا يتغيَّر بذلك ويقضى بمثله، كما كل ذلك في المواق في المحل المحال عليه من الغصب. ولما نقل الباجي خلاف اللخمي المذكور قال : والمنصوص في الطعام أنه يغرم مثله، ولعل غيره مرتب على المقابل على المشهور.

وسئل أيضا عمَّن عليه ديْن ومات وله ورثة كبار وصغار، فدفَعَ الكبار الراشدون الديْن للمدين دون يمين القضاء.

فأجاب بقول اللامية :

يمين قضاء ذي وتلزمُ مطلقا ولو لم يُردْها ذو رشاد وقيل لا

وبما عقده فيه من قول التَّبصرة : إذا ادَّعى رجل بدين على ميت، فإن كان ورثته كبارا ولم يدعوا دفع الدَّيْن من موروثهم ولا من أنفسهم، ففي كتاب الاستغناء : لا يلزم ربَّ الدَّيْن يمين، بخلاف ما لو كانوا صغارا فلا بد من اليمين. وظاهر النوادر خلافه. وقال بعض الشيوخ : لا بد من اليمين مخافة طُرُوِّ ديْن أو وارث آخر. اهـ. فظاهر النوادر وقول بعض الشيوخ هو لزومها مطلقا، كما صدَّر به الناظم بمحل الخلاف إذا كانوا رشداء ولم يدفعوا بحاكم، وتلزم باتفاق إذا كانوا صغارا، وتلزم أيضا إذَا يبتغي دفعا كبير بحاكم، قاله شيخنا على النظم المذكور، ونحوه لشارحه نقلا

وإجراءً، مؤيدا له بقول المتيطي الذي فيه إرباء عنه، بل لو أقرَّ الورثة بالدَّيْن ولم يريدوا أن يدفعوه إلا بحكم لم يحكم له القاضي إلا بعد يمينه مخافةَ أن يطرأ وارثٌ أو يطرأ عليه ديْن. (هـ). وبالمخافة المذكورة يوجه إذا أرادوا الدَّفع دونه كما هو ظاهره ورأيته لغيره، والله الموفق. (هـ).

الحمد لله كما ينبغي لكماله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله،

هذا **وقد سئل** مقيده سدده الله سبحانه عمَّن أقر له مكلف بلا حِجر بأمور معينة كالملف، ثم مات المِقر وَوُجدت تلك المعَينات بأعيانْها، هل يأخذها المقر له بدون يمين أو لا بد من اليمين.

فأجاب : قال الإمام ابن فرحون في الباب الخامس من تبصرته ما نصه : فرع : لو أقر له بعرض بعَينه ثم مات المِقر وجب للمقَر له أخذ ذلك العرض دون يمين، وكذلك كل شيء يعرفه الشهود بعَينه، فينبغي التفطن لهذه الوجوه. أنظر ابنَ سهل. (هـ). وقال الشيخ ميارة في شرح الزقاقية عند قول الناظم: يمين قضاء ذي، في الفرع الثالث ما نصه : ولو كان الإقرار بعرض بعَينه ثم مات المِقر أخذه المقَر لهُ بدون يمين. (هـ). وقال الشيخ أبو حفص الفاسي في شرحها في المحل المذكور أيضا ما نصه : مسألة : إذا ثبت الدَّين على الميت بإقراره، فلا بد من يمين القضاء. قال ابن سهل : إنما تتوجه اليمين إذا كان الحق في ذمَّةِ الميت، وأما إذا ثبت أن الميت أقر بهذا الشيء لشخص، فإنه يأخذه بغير يمين (هـ)، يُريد لأن يمين القضاء إنما هي لرد توَهمِ القضاء، والقضاء لا يكون في المعَينات، وحينئذ لا فرق بين أن يثبت بإقرار أو بينة. (هـ). وفي هذا المقْدَرِ كفاية، والله سبحانه ولي التوفيق، والهداية بمنِّه وفضله. وكتبه خديم العِلم وأهله عبد الله كان الله له وحسن قوله وعمله.

الحمد لله، ما سطره المفتي أعلاه صحيح، إذْ المِقر في حال أكمليته لشخص بشيء معَيَّن ثم مات المِقر فلا يمينَ قضاءٍ على المقَر له، كما في الحطاب والتبصرة والبهجة وشروح اللّامية، ووجه سقوطها ظاهر، كما قاله أبو حفص

الفاسي لأنها إنما تجب حيث يتوهم القضاء، والقضاء لا يكون في المعَينات، لكن من تمام بيان النازلة ووضوحها، أن هذا المِقِر مات ولم يف متروكه بما عليه من الديْن. ولا شك أن إقراره صدر في حال حياته قبل تبيُّن فلسه، وقبل إحاطة الدَّيْن بماله، لأنه إنما تبيَّن ذلك بعد موته. وَقد نص ابن يونس على أن المِقِر قبل التفليس أن بيده للمقَر له قراضا أو وديعة أنه مثل ما قامت البينة بأصله وهو يأخذه من دون يمين. وقال الزرقاني عند قول المصنف : وقُبِل تعيينه القراض والوديعة، بأن يقول : هذا قراض أو وديعة، عيَّن ربَّهما أم لا ؟ ثم قال : أو أنه أقر قبل التفليس الأعم بأن عنده ذلك عيَّنَ ربها أم لا، كما في التتائي. ثم قال : إذا عيَّنه قبل تعيينه إيّاه من غير يمين. (هـ). والحاصل أن المقَر له يأخذ المعَيَّن الذي عينه له المِقِر من غير يمين، ولا كلام للغرماء معه. وكتب رادا العِلمَ إلى الله تعالى محمد بن رشيد العراقي الحسني كان الله له آمين. (هـ).

قلت : فيما قالاه نظر، بل لا يأخذه أصلا، فضلا عن كونه يأخذه بلا يمين، لقول المختصر : وللغريم أخذ عينِ ماله المحوز عنه في الفلس لا الموت، وإنما محل ما قالاه في غير الفلس.

وسئلت عن رجل وَكَّل رجلا يقبض له كراء فندقين، فصار يقبضه ويوجهُهُ إليه مدة من نحو أحد عشر عاما، وفي كل مرة يوجه الحساب بخط يده ويذكر ما دخل عليه من الكراء وما خرج من يده، ويقتطع من الداخل في كل حساب أجرة القابض خمسة ريال في كُل مائة، إلى الآن، عزله الموكل وولّى غيره على قبض كراء الفندقين المذكورين، فقام يطلب أجرة وكالته على القبض في هذه المدة من أولها إلى آخرها خمسة ريال أخرى في مائة زاعما أن الخمسة التي كان يقتطعها إنما هي أجرة القابض الذي كان يقبض له، أما هو فلم يقبض شيئا ولا زال يطلب أجرته، فهل له شيء ممّا طلب من الأجرة أو لا ؟ لأنه مقر بخط يده أنه قبضها، فكيف تجب له الأجرة مرتين على القبض، ولأن الموكل المذكور لم يأذن له في جعل قابض تحت يده، ولأنه لم يدَّع شيئا طول هذه المدَّة ممّا قاله الآن، ولو كان ما قاله حقا لاقتطع الأجرة التي قالها الآن في الحساب الأول أو الذي بعده،

ولأنه أراد إحراج الموكل وإعناتّه حيث عزله عن قبض الكراء له وأبدله بغيره، جوابا تؤجَرون عليه، والسلام.

فأجبت : الحمد لله، لا أجرة للوكيل المذكور بحال، وطلَبُه لها إنما هو من دعاوي الفجور والمحال، لأن كل حساب وقع بينهما في تلك المدة فهو إبراء مما سلف قبله، ومعلوم أن كل من ادَّعى بعد الابراء أنه بقي له عند صاحبه بقية أو أجرة أو نحو ذلك، فإن دعواه لا تُسمع، وحججه على ذلك باطلة لا تَنفع، لقول صاحب المختصَر تبعا لأهل المذهب : وإن ابرأ فلانا ممّا له قِبَله أو من كل حق أو أبرأه بَرِيء مطلقا. وقال في البهجة : لو قال العامل، أيْ عامل القراض بعد المقاسمة ودفع الربح لربه : أنفقتُ من مالي ونسيت الرجوع به قبل القسمة أو نسيت الرجوع بالزكاة ونحو ذلك فإنه لا يصدَّق، بمنزلة من ادَّعى المغالَطة بعد المحاسبة. قاله ابن يونس وابن رشد، البرزلي : وسواء قام بالقرب أو بغد طول وهو الصواب، بخلاف الجمال يدفع الحمولة ثم يطلب الكراء بالقرب. (هـ). وكذلك الوصي يحاسب نفسه، ثم بعد ذلك يدَّعي أنه غلط في الحساب، وأنه نسي أجرته ونحو ذلك، فإنه لا يصدَّق، قياسا على مسألة القراض، قاله العبدوسي. (هـ).

وقال ابن غازي على قول المختصر : «فلا تقبل دعواه وإن بصك إلا ببينة أنه بعده» ما نصه :

قال ابن رشد : إذا كان ذكر الحق الذي يقوم به الطالب قبل البراءة، فالقول قول المطلوب أنه قد دخل في البراءة بلا اختلاف، لأن الحقوق إذا كانت لرجل على رجل بتواريخ مختلفة، فالبراءة من شيء منها دليل على البراءة ممّا قبله، وهذا نحو قولهم فيمن أكرى داره مشاهَرَة أو مسانهة : إنّ دفْعَ كراء سنة أو شهر براءةٌ للدافع مما قبل ذلك. فانظر كيف جعل مجرد دفع كراء السنة أو الشهر براءة عمّا تقدَّمهما، فكذلك يقال هنا : إن حساب كل مرَّة هو براءة عمّا قبلها، ومعلوم أن من ادَّعى حقا بقي له على خصمه بعد البراءة منه والحسابِ، أنه لا تسمع دعواه كما قال في الزقاقية :

ومن فِي حساب يدَّعي غلطا معَ　　　الغريم بُعَيْدَ الكتْب وهو يقول لا

فليس له إحلافه...الخ. فهذه كلها نصوص قوية مفيدة، أنَّ هذا المدَّعي لا حق له على المدَّعى عليه، والغالب على الظن أن الذي حمله على هذه الدَّعوى هو العزل عن القبض :

فيُخْشَى الذي لِلغيٍّ يبغي توصُّلَا ...الخ، والله أعلم.

قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

مسألة : رجل له ديْن على آخر، فعدا السلْطانُ على رب الدَّين فأخذه من غريمه، ثم تمكن رب الدَّيْن من طلب المدين بدينه فاحتج المدين بِجَبْرِ السلطان على أخذه منه من حيث كونه حقا لرب الدَّيْن. فافتى بعض الفقهاء ببراءة المدين، وأفتى غيره بعدم براءته، محتجا بأن ما في الذمة لا يتعين، وما ذكره من عدم البراءة في مسألة الدَّيْن حكى عليه العقباني الاتفاق قائِلا : لا أعلم أحدا قال ببراءته، وأتى المنجور بما يقويه، ولكن أفتى ابن عبد الرفيع ببراءة ذمته كما في الموّاق عند قول المصنف : وإن قدم معشرا...الخ. في باب الزكاة، وحكى ما يناسبه عن ابن لب : وإن البرزلي وشيخه ابن عرفة أفتيافي مسألة مبنية على أن ما في الذمَّة يتميز، والكلام في المسألة مبسوط في نوازل الرَّهن من المعيار. قال أبو علي : وصوَّب بعض المتأخرين براءته قائلا : ومقابله غيرُ صحيح، بل الصواب براءته. ومسألة إجزاء الزكاة عمَّن أخِذَتْ منه كرها إنما هو لأن الخروج عليهم لا يجوز والعداء وقع على الفقراء. (هـ) من شرحه في باب الشهادات لدى قوله : وأكمله.

وفي نوازل ابن هلال ما نصه : النصوص المذهبية على أن تسليم الانسان في مال الغير عند الإكراه والخوف على نفسه من الضرب وشبهه غير موجب للغرم وإن كان الخوف متوقعا لا محققا. (هـ). وفي الموّاق، آخر الزكاة ما نصه : وعلى هذا أفتيا ابن عبد الرفيع في رجل عليه ديْن لرجل هرب، فاجبر على دفع ذلك للوالي عن الطالب الهارب، فحكم ببراءة ذمة الغريم. (هـ). ونقله الموّاق أيضا عند قول المصنف في الرهون : «ولو أنفق على كشجر خيف عليه بَرِىء بالنفقة». لكن في المعيار أثناء نوازل المعاوضات في مناظرة العقباني مع القبّاب المسمّاة بلب

اللباب أن الدَّيْن يتعلق بالذمَّة، والغصبُ يتعلق بعين الشيء المغصوب. ولا مزاحمة بينهما. قال : ولذلك لم يقل أحد أن من عليه ديْن يبرأ بغصب الغاصب له ولو صرح الغاصب بأن يقول : إنما غصبت ذلك الدَّين بل ينصرف الغصب إلى عين ما غصب، ويبقى الدَّيْن في الذمة. (ـه). وهو موافق لما ذكره القرافي ولفظه في الفرق السابع والثمانين وسلمه ابن الشاط، وأقام ذلك ابن عرفة في آخر ترجمة الرجوع عن الشهادة عن مسألة ابن عبد الحكم، وذكر الخلافَ في ذلك بين متأخري فقهاء تونس. ولعلَّ الخلاف المنفي في كلام العقباني أراد به خلاف المتقدمين. وانظر المنجور في شرح قول الزقاق في قواعده : هل يتعيَّن الذي في الذمَّة، وانظر أيضا المعيار، آخر نوازل الصلح. (هـ) من خط شيخ شيوخنا سيدي محمد بن الحسن بنّاني، قاله الزرهوني.

ووقع الجواب عمَّن أبرأ غريمه من جميع المخالطة السالفة بينهما قبل تاريخه بالإبراء التام الشامل المطلَق العامّ الذي لا تعقب بعده ولا قيامَ، بحيث إن ظهر بيده رسم مضمنه دين له بذمَّة غريمه المذكور فلا عمل عليه عدَا كذا بقي بذمَّة غريمه المذكور، وزاد المبرىء المذكور أن بذمته لغريمه المذكور قنطار خدنجال ليبيعه من غير أجرة ويقطع ثمنه من العِدة الباقية بما نصه :

الحمد لله، إبراء فُلان أعلاه غريمَه المذكور، حيث أشهر، من جميع المخالطات السّالفة بينهما، صحيح لازِمٌ له ولورثته من بعد موته، فلا تسمع منهم دعوى وإن برسم عدا العِدَّة المستثناة إلا ببينة أنه بعده كما في المختصر وغيره. وأما ما تحت يده للغريم من الخدنجال، فإنه إذا مات ولم يعينه يؤخذ من ماله. قال خليل : «ومن هلك وقبله كقراض أخذَ وحاصّ غرماءه»، والله أعلم. وكتب محمد ابن ابراهيم. (هـ) من خطه، وبإثره.

الحمد لله، ما رُسِمَ يُسْرَتَه من شمول إبراء الموفق (هو إسم الرجل) غريمه المذكورين حيث أشير وعمومه ولزومه للمبرىء ولوارثه من بعده عدا ما استثنى صراحة، كل ذلك صحيح، وكفى دليلا على الأول قول خليل في مختصره المبين فيه لما به الفتوى : «وإن أبرأ فُلانا مِما له قِبله أو من كل حق أو أبرأه برىء مطلقا،

ثم قال : «فلا تسمع دعواه وإن بصك إلا ببينة أنه بعده الكافي، من قال لا حق لي على فُلان برىء فلان من الحقوق الواجبة من الضمانات والديون». وعلى الثاني قول الإمام فيها : ومن هلك وقِبَله قراض أو ودائع لم توجد ولم يوص بشيء، فذلك في ماله ويحاصُّ بذلك غرماؤه. (هـ). ولولا أن الإبراء الشامل العام معمول بمضمنه في ذلك ومفيد له لم تظهر له ثمرة ولا كانت فيه فائدة مع أن له فائدة وأي فائدة وهي إتيان الإبراء على جميع المعاملات السابقة عن تاريخ الإبراء كما بالمسطور أعلاه، والله أعلم. وكتب عبد ربه محمد العربي الزرهوني.

ووقع الجواب عمَّن أبرأ شخصا من أجرة له عليه وهو غريم له بما نصه :

الحمد لله، الجواب إن ابراء المدين لرب الدَّيْن ممَّا وجب له عليه من أجرة ونحوها لا يصح، لأن ذلك هديةُ مِديان وهي ممنوعة. قال ابن رُشد : لا يحل لمن عليه دين من بيع أو سلف أن يهدي لمن له الدَّيْن هدية ولا أن يطعمه طعاما رجاء أن يؤخره بدينه. (هـ) بنقل الحطاب، ودرج عليه في المختصر فقال : «وَحَرُمَ هديته. ويؤيد ما رُوي في بعض الطرقِ، وأن النبي ﷺ قال : من أخذ جُعلا على شيء فعله، فقد سلك بابا من أبواب الربا. قال ابن بشير : وأخذ بعض الأشياخ من هنا منع هدية المديان. وإذا تقرر أن الربا الموهوم كالمعلوم في حكم البيع والسلف، فكذلك التوهم في هدية المديان أن يقصد بها التأخير. (هـ) بنقل ابن عبد الصادق، وإذا امتنع مبايَعَتُهُ لرب الدَّيْن مسامحة الذي هو ذريعة لهدية المديان فأحرى مسامحته له في حقوقه الثابتة له عليه، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته بمنه. (هـ).

الحمد لله، في نوازل ابن سهل ما نصه : النصوص المذهبية على أن تسليم الانسان في مال الغير عند الإكراه والخوف على نفسه من الضربِ وشبهه غير موجب للغرم وإن كان الخوف متوّقعا لا محققا. (هـ). وفي المواق، آخر الزكاة ما نصه : وعلى هذا فُتْيا ابن عبد الرفيع في رجل عليه ديْن لرجل هرب، فأجبر على دفع ذلك للوالي عن الطالب الهارب، فحكم ببراءة ذِمَّة الغريم. (هـ). ونقله الموّاق أيضا عند قول المصنف في الرهون : «ولو أنفق على كشجر خيف عليه برىء

بالنفقة»، لكن في المعيار أثناء نوازل المعاوضات في مناظرة العقباني مع القباب المسمّاة بلب الألباب : أن الديْن يتعلق بالذمَّة، والغصب يتعلق بعين الشيء المغصوب ولا مزاحمة بينهما. قال : ولذلك لم يقل أحد إن من عليه ديْن يبرأ بغصب الغاصب له، ولو صرَّح الغاصب بأن يقول : إنما غصبت ذلك الدَّيْن بل ينصرف الغصب إلى عين ما غصب ويبقى الدَّيْن في الذمَّة، وهو موافق لما ذكره القرافي، ولفظه في الفرق السابع والثمانين، وسلَّمه ابن الشاط، وأقام ذلك ابن عرفة في آخر ترجمة الرجوع عن الشهادة من مسألة ابن عبد الحكم، وذكر الخلاف في ذلك بين متأخري فقهاء تونس، ولعل الخلاف المنفي في كلام العقباني أراد به خلاف المتقدمين. وانظر المنجور في شرح قول الزقاق في قواعده : هل يتعين الذي في الذمَّة ؟ وانظر المعيار آخر نوازل الصلح، وبالله التوفيق. (هـ). وفي نوازل الغصب والإكراه من المعيار ما نصه :

وسئل يعني القابسي عن مديان له ربع واسع خَلَا البلد الذي به، فلم يجد من يشتريه منه، فسأله رب الدَّيْن أن يشتريه منه ببخس كثير.

فأجاب : ليس عليه أن يبيع ربعه ببخس من صاحب الدين، وإنما تباع الرباع ممن يشتريها، فإذا خَلَا البلد ولم يبق من يشتري من سائر الناس فيؤجل إلى أن يجيء الناس ويترصد من يرغب في الشراء في تلك الناحية، هذا الذي أرى في هذا الوقت في المواضع التى أخلاها تغير الزمان بالخوف والعدم، وما صحب ذلك مما لا يستطاع دفعه، وبالله التوفيق. (هـ).

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله، حيث اعترف الذميان في رسمي السلف بأنهما توصلا بجميع ثمن مدة كراء الرهن وطال زمن ذلك وهما ساكتان لم يدعيا شيئا، ثم قاما يزعمان أنهما لم يتوصلا بشيء من الكراء الخ، فدعواهما غير مقبولة، وحجتهما غير مسموعة ولو قاما بالقرب، فكيف بسكوتهما أزيدَ من العامين، لأن هذه الدعوى تُعْقب بالرافع وهو ملغىً في باب الاقرار. قال الشيخُ الرهوني في حاشيته بعد

كلام في نحو المسألة ما نصه : يكفي شاهداً لابن شاس وأتباعه قول أهل المذهب قاطبة : يواخذ المكلف بلا حجر بإقرار، ولا يقبل منه تعقبه بالرافع حسبما هو مقرر. وقد حكى ابن القطان في كتابه الإقناع الاجماعَ على ذلك الخ. وفي شرح التحفة لليزناسني ما نصه : ويُقضَى على المِقر بإقرار، وهو أقوى من قيام البينة عليه، لقوله عليه الصلاة والسلام : أحق ما يواخذ به المرءُ اقرارُه على نفسه. (هـ). ومثله في الشيخ ميّارة وسيدي عمر الفاسي والشيخ التّاودي عند قول التحفة :

والمدَّعِي مطالَب بالبينة ... الخ.

وفي تبصرة ابن فرحون ما نصه : وحكم الاقرار اللُّزوم، وهو أبلغ من البينة. (هـ). وفي جواب للعلامة السجلماسي شارح العمل الفاسي ما نصه : لا تسمع للرجل المذكور دعوى بعد ما تقيد عليه في الوثيقة من نفي الحق فيها، وذلك مَنزل اللفظ الصريح بأن والده لم يترك له فيها ما يرثه، ثم قال : وهذا باب عظيم إن فتح للخصوم بطلت فيه حقوق كثيرة وبينات محققة، وسد هذا الباب واجب الخ. ونحوه في الحطاب. فظهر بهذا أن طمع الذميّيْن في قبض الكراء بعد الإشهاد عليهما بالتوصل به غير معتبر. نعم لو قام الذميان بالقرب كالعشرة أيام وادَّعيا ذلك، لوجبت لهما اليمين على المسلم، على المعمول به، لقول التوضيح : إن قامت البينة على إقرار الأب أو الوصي بقبض الصداق ثم ادعى أنه لم يقبضه، وقال : ظننت به الخير فلذلك أشهدت له بالقبض، ففي تحليف الزوج ثلاثة أقوال، والذي جرى به العمل بين المفتين، وقاله غير واحد من الموثقين : إن قام الأب على قرب من تاريخ النكاح كالعشرة أيام ونحوها حلف، وإن قام على بُعْد لم تلزمه يمين. (هـ). ذكره في النكاح المبني على المكارمة، فأحرى غيره الذي هو مبني على المشاحّة. وفي الموّاق عن المتيطي ما نصه : لو أشهد الأب بقبض المهْرِ دون معاينة البينة، ثم قال : لم أقبضه وأشهدت وثوقا بدين الزوج، ففي ذلك ثلاثة أقوال : والذي جرى به العمل والفتوى، وقاله غير واحد من الموثقين، إن ادَّعاه الأب قرب العقد كالعشرة أيام ونحوها حلف الزوج وإلّا فلا. (هـ). ونقله بعض المتأخرين في جواب له، وزاد بعده ما نصه : ولا يخفى أنه لا فرق بين الصداق وغيره، وأن المدار على من أشهد على نفسه أنه قبض عددا معلوما، ثم قام يدَّعي أنه لم يقبضه،

كما يدل عليه النظر في المعنى وكلام الفائق وغيره الخ. وبالجملة فالمعتبر هُوَ ما في الرسم، ومن ادَّعى خلافه كما في السؤال فلا عبرة به، وأما معارضة ما ثبت في الرسم بتوهم ثبوت العُرف بخلافه فغير سديد، إذ لا يعارض المحقق بالمتوهم، وكذا توهم أن هذه الصورة من اجتماع السَّلف والكراء غير صواب أيضا لتعبير الموثق بثُم الدّالة على التراخي والانفصال، على أنه لو ثبت اجتماعهما في عقد واحد ببينة لا مطعن فيها، فلا يضر حتى تشهد البينة أن ذلك كان على وجه الشرط. قال الزرقاني على قول المختصر : «أو يخل بالثمن كبيع وسلف»، ما نصه (أي كاشتراطِ سلف مع البيع)، وأما جمعهما من غير شرط فلا يمتنع على المعتمد الخ. وأما كلام التبصرة المنقول في السؤال فخارج عن الموضوع، إذ محله مع عدم قيام البينة، كما يدل عليه قوله في آخره : وعلى مدَّعي الحلال البينة، وقوله، فالقول قول مدَّعي الصحة مع يمينه الخ، إذ مع وجود البينة لا يقال : القول قول مدَّعي الصحة مع اليمين، بل يقال معها : العمل على ما شهدت به البينة، ولا يمين على أمر، وموضوع النازلة هو إقرار الخصم بالصحة، وتقدم في كلام العلماء أنه أقوى من البينة، فبينهما كما بين الضب والنون، تأمله، وبه يظهر أيضا في قوله : القاضي المذكور يقول بفساد تلك العقدة لاجتماع السلف والكراء الخ، فإنه كلام خالٍ من التحصيل كما قررناه، إذْ الواقع في النازلة هو اجتماعهما في رسم واحد فقط وذلك غير مضِرٍ لا اجتماعهما في عقد واحد، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئلت عمن مات وعليه ديون في الذمة ومن القراض أيضا، هل يختص بتركته أرباب الديون أو يتحاص معهم أرباب القراض.

فأجبت : الحمد لله، لا يَخْتَص أربابُ الدين في ذمة الهالك بتركته ولا أرباب القراض، بل تقع المحاصة فيما بين جميعهم، كما قال في المختصَرِ : ومَنْ هلك وقِبَلَه قراضٌ أخذ وإن لم يوجد، وحاصّ غرماءه الخ. وقال الزرقاني في مزجه : وإن كان عليه ديون حاص رب القراض ونحوه غرماءه. وأصله في المدونة كما قال في المَوّاق. وقال الشيخ ميّارة في شرح التحفة ما نصه : ومن المدونة قال مالك : ومن

هلك وقبله قراض وودائع لم توجد ولم يوص بشيء فذلك في ماله ويحاص به غرماءه الخ. وقال في العتبية عن ابن القاسم ما نصه : وقال في رجل أعطى مالا قراضا لرجل فأدان دُيونا فأفلس، إن المقارض فيما أعطاه إسوة الغرماء الخ، نقله المحشي بنّاني وغيره. وقال الشيخ التسولي في شرح التحفة بعد كلام ما نصه : قال في المعيار قبل نوازل الهبات فيمن سافر بالقراض لبلد السودان بإذن ربه ، وطال مقامه إحدى عشرة سنة ما نصه : إن هذا العامل قد تعدى بإبطائه هذه المدّة التي سافر فيها الناس وجاءوا فيجوز لرب المال القيامُ عليه، ويضَمّنه ما ثبت من رأس المال ويحاصِص به غرماءه، فهو قد ضمنه رأس المال مع احتمال التلف والخسر، وما ذاك إلا لكونهما خلاف الأصل والغالب، وبه كنت أفتيت في عامل غاب بالقراض مدة طويلة، ووافقني عليه مفتي فاس شيخنا سيدي محمد بن ابراهيم وغيره ووقع الحكم به، وهذه المسألة كثيرة الوقوع في هذه البلدان. ويفهم من قوله ويضمنه ما ثبت من رأس المال أنه لا يضمنه شيئا من الربح وهو كذلك، لأن الأصل عدم وجوده إلا أن تقوم بينة بأنه قد ربح بمحضرهم كذا أو أقر عندهم بذلك ، فإنه يحاصص بحصته منه أيضا، لأن الأصل حينئذ بقاؤه. ولذا قال البرزلي : ولا يقضى على التركة بالربح إلا أن تحقق الخ. (هـ) كلام التسولي فانظره. نعم إن عيَّن الهالك شيئا من المال في حياته وقال : هذا قراض فُلان أو وديعته، فإنه يختص به صاحبه ولا يشاركه فيه غيره ويأخذه بلا يمين إن قامت بينة بأصله، ولا يكفي في تعيينه كتابة الهالك بخط يده في كناشه أن عنده في بيته أربعين طرفا من الملف الأحمر مثلا ويوجد عنده ذلك العدد أو أقل منه، بل لا بد من تشخيصه بنحو الإشارة إليه، كما في الزرقاني وغيره. ونص الزرقاني : وتعين القراض، وكذا الوديعة والبضاعة إذا قرره وشخصه بوصية كهذا قراض زيد أو وديعته فياخذه من عين له الخ. وقال أيضا على قول المختصر : «وقبل تعيينه القراض والوديعة» ما نصه : بأن يقول : هذا قراض أو وديعة الخ، ونحو قول الشيخ أبي علي بن رحال ما نصه : أي إن المفلس إذا قال في المجلس أو أقر به : هذا قراض فُلان أو وديعته لشيء يعينه في يديْه، فإنه يقبل إن قامت بينة على أصل

القراض أو الوديعة الخ. وقال في الجواهر : أما لو قال : هذا قراض فلان أو وديعته وعلى أصلهما بينة، فأجاز ابن القاسم إقراره الخ. وقال في التوضيح : يعني أن من أقر بشيء معيَّن في يده في المجلس أو أقر به، وقال : هو قراض فلان أو وديعته وعلى أصله بينة، فقال ابن القاسم : يقبل الخ. وهكذا في عبارة غير واحد. وعليه فالصورة المذكورة ليست من المعين، فلا يختص المقر له فيها بشيء، وإنمَا له المحاصة مع غيره، والله أعلم. قاله وقيده المهدي كان الله له.

وسئلت عمَّن ضمِن مالا كثيرا لرجل وأدّاه له إلى أن بقيت له عليه عشرة ريال طلب من رب الحق أن يحلف على صحة المعاملة بينه وبين المدين، فهل تجب له اليمين أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، لا حقّ للضامن على رب الحق في اليمين على صحة المعاملة بينه وبين المضمون، بدليل أنه لو حضر المدين ولم يطلبها فإنه لا كلام للضامن فيها لوجه، فحيث كانت لا تجب له في حضوره فلا تجب له في غيبته، وبدليل أن رب الحق لو حلفها الآن لهذا الضامن ثم حضر المدين ولم يرض بها وطلبها ثانية فإنها تعادله. قال في الزقاقية :

وذو حَلِف من غير إحلاف خصمه وغير رضى لم يستفد شيئا أمل

قال ابن فرحون في التبصرة : وإذا حلف الخصم بدون حضور خصمه لم تجزه اليمين. (هـ). والحاصل أنه لا كلام للضامن في اليمين المذكورة إلا بوكالة من المدين على استيفائها من رب الحق، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به

وسئلت عن ورثة امرأة استظهروا بعد موتها برسم لها على رجل مات، فيه مال كثير لها عليـه، فأجابهـم ورثة الرجل المذكور بأنها كانت أبرأته من ذلك الدَّيْن في حياتها، واستظهـروا على ذلك برسـم فيه الإبـراء وليس فيـه قبول، فهل ينفعهـم أو لا ؟

فأجبت : الحمد لله، حيث ماتت المرأة وكان رسم الإبراء خاليا من قبول

المدين لإبرائها من دينه كان غير معتبر على المشهور المعمول به. قال الشيخ الرهوني في حواشيه أول باب الصلح ما نصه : لأن القول بأن الإبراء لا يحتاج إلى قبول إنما هو لأشهب وهو شاذ، والمشهور هو قول ابن القاسم في المدونة أنه يحتاج الى القبول الخ. وقال أبو علي في شرح المختصر ما نصه : في نوازل الهبات من المعيار لمؤلفه، فيمن أعمر رجلا حانوتا ولم ينصّ في العقد على قبول الهبة. وحكى في ذلك قولين، ما نصه : والتحقيق في مَثَار الخلاف الالتفاتُ إلى قاعدة النقل والإسقاط كالإبراء من الديون، هل يفتقر الى القبول ولا يبرأ من الدين حتى يقبل أو يبرأ من الدين إذا أبْرَأَهُ وإن لم يقل قبلت، فابن القاسم يَرَاه من باب النقل فلا يبرأ حتى يقبل، وأشهب يراه من باب الإسقاط فيبرأ وإن لم يقل قبلت، ورأيت أن مذهبها شرط القبول وذكره شراح المتن في قوله : «وعلى بعضه هبة»، وكلام الوثائق المجموعة كالصريح في أن قبض الذكر شرط صحة، وذكر أنه يكتب أن الموهوب له قبضه في صحة الواهب الخ. وفي نوازل العلمي أن سيدي ابراهيم الجلالي سئل عن رسم نصه : أشهدت فُلانة أنها سلمت لزوجها فُلان في جميع صداقها بعد معرفتها به إشهادا تاما عرفت قدره الخ. فهل يصح التسليم ولا يعتبر عدمُ القَبول، ويعد إمساكه له واستظهاره به الآن قبولا، أو لا بد أن ينص عليه وإن فسد (أي التسليم). فأجاب : وحوْز تبرع الديون بِحَوْزِ رسومها إن كانت وإلا فبالقبول، ولم يقع شيء من ذلك في التسليم الموصوف. (هـ). وقال في الفائق : يَذكر يعني الموثق في وضع المرأة كالئَها عن زوجها بغير شرط تشترطه عليه قبوله لذلك إذ لا يصح إلا بالقبول وهو الذي يقوم مقام الحيازة، ولو سقط لكان نقصانا في العقد، ولو ماتت الزوجة أو فلست قبل أن يّشهد الزوج شهيديْ عدل على قبوله لهذه الهبة لسقطت جملة ولم ينفذ لَهُ منها شيء في قول ابن القاسم ومذهبه، وبه جرى العمل الخ. قال بعض المتأخرين : وممن ذكر العمل بهذا القول، المتيطي وابن مغيث. ومنشأ الخلاف اختلاف الناس في الإبراء، هل هو إسقاط فلا يفتقر إلى القبول أو نقْلُ مِلْك فيفتقر إليه، قاله القرافي. (هـ). ونظمه الشيخ ميارة في تكميل المنهج فقال :

إن وقع الإبرا ولم يقل قبل لِنَجْل قاسم وأشهب نقل

قال في الشرح : وإن لم يقل قبلت فابن القاسم يراه من باب النقل فلا يبرأ حتى يقبل، وأشهب يراه من باب الإسقاط فيبرأ وإن لم يقل قبلت. (هـ). فظهر بهذا أن المشهور ومذهب ابن القاسم في المدونة وبه جرى العمل أنَّ الإبراء يحتاج الى قبول من المدين وإلا بطل، وعليه بحيث كان رسم الإبراء هنا خاليا منه كان هو والعدم سواء فتأمله. وأيضا فشهيدا الإبراءِ غير معروفيْن، وذلك لا يجوز حتى يعرفا، وإلا فلا توجب شهادتهما شيئا، وبه يتبين أن المفتين بصحة ذلك الابراء ركِبوا متْنَ عمياءَ وخبَطوا خبطَ عشواءَ، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وأجبت عن مسألة بما نصه :

الحمد لله، العادة الجارية بفاس ونواحيها أن البراءة من الدَّيْن إنما تكتب بعد حلول الأجل وانقضائه بعد تمزيق الرسم أو الكتابة على ظهره وإنْ ضاع الرسم أو تعذر حضوره وقت الإبراء يقع التنبيه على ذلك من شاهدي الإبراء. وأما كتب الإبراء قبل حلول أجل الدَّيْن من غير تقطيع الرسم ولا كتابة على ظهره ولا تنبيه على تعذره بل مع بقائه تحت يد رب الدَّيْن كما بأعلاه فمخالف للعادة المقررة بين الناس، وذلك موجب لإلغائه بلا شك ولا التباس، لأن مخالفة العادة من قوادحها. ففي جواب لبعض الأئمة ما نصه :

من مبطلات الشهادة: الاستبعاد، والاستغراب، والشذوذ، ومخالفة العادة، وحينئذ فترد شهادة الشاهديْن بذلك. المازري : تعرض التهمة من جهة الشذوذ بمخالفة العادة، ومنه حديث : «لا تُقبل شهادة البدوي على الحضري. وفي المعيار : المقصود من الشهادة غلبة الظن بصدق شهودها، ومهما عارضتها تهمة سقطت. (هـ). وفي تبصرة ابن فرحون نقلا عن القرافي : إن مدار قبول الشهادة وردِها على غلبة الظن الصدق وعدمه. (هـ). ونحوه قول المختصر عطفا على المبطلات : ولا إن استبعد (أيْ بمخالفة العادة)، وعليه فالإبراء أعلاه لا يفيد شيئا، سيما وكاتب الوثيقة معزول عن خطة الشهادة لثبوت جرحته بالعدد الكثير

من العدول، فالحكم بشهادته غير جائز ولا مقبول، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وأجبت عن مسألة بما نصه : الحمد لله، اتفقت كلمة الأئمة قاطبة على أن المدين الحاضر إذا ادَّعى قضاء الدَّيْن الذي عليه لربه الحاضر وأنكره، أن اليمين تجب عليه، وجعلوه من أفراد قوله ﷺ : البينة على المدَّعي واليمين على من انكر. قال الشيخ التّاودي في شرح الزقاقية : أما الحاضر يدَّعي القضاء فاليمينُ حينئذ يمين مُنْكِر، والدَّعوى فيها محققة وهي واجبة بنص الحديث. (هـ). وقال سيدي عمر الفاسي في شرحها أيضا نقلا عن ابن رشد : ويمين القضاء لا نص في وجوبها، إلا أن أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان، نظرا للغائب وحفظا على ماله. ثم قال : ولا يشبه ذلك إذا كان صاحبه حاضرا فادَّعى عليه أنه قضاه بعد ذلك أو وهبه إياه، لأن اليمين واجبة عليه في هذا الموضع بنص قول النبي ﷺ : البينة على من ادَّعى واليمين على من أنكر. (هـ). وقال ميّارة : إذا حلف يمين القضاء وتأخر القضاء فليس عليه أن يحلف ثانية بالتوهم المحتمل، ولا يشبه ذلك إذا كان صاحبه حاضرا وَادَّعى عليه أنه قضاه بعد ذلك أو وهبه إياه فإنه يحلف، لحديث : اليمين على من أنكر. (هـ). والنصوص بهذا كثيرة متداوَلة بين صغار الطلبة، فلا حاجة إلى التطويل بها، وهي كلها مُطْلَقة غير مقيّدة بما إذا ادَّعى المدين دفع الدَّيْن بنفسه، بل ادَّعى الدفع بنفسه أو بواسطة غيره الحكْمُ سواء، لأن يد الوكيل كيَد موكله. وأما الاحتجاج على سقوط هذه اليمين بقول الرسالة : ومن قال دفعت إلى فلان كما أمرتني فأنكر، فعلى الدَّافع البينة وإلَّا ضمن. (هـ). وبقول المختصر : وضمن (أي الوكيل) إن قبضَ الدَّيْن ولم يشهد الخ، فساقط أيضا، لأن الوكيل لا يضمن حتى يحلف المنكِر للقبض. أما إن امتنع من اليمين فلا ضمانَ عليه بحال، تأمله. وكذلك تقييد يمين المنكِر بما إذا ادَّعى المدَّعي الدفع بنفسه لا قائِلَ به من العلماء، بل من ادَّعى على غيره بمال أنه دفعه إليه وأنكره، فعليه اليمين، سواء ادَّعى أنه دفعه له بنفسه أو بواسطة غيره، لأن يد الوكيل كيَد موكله، فالدّافع حقيقة هو المدَّعي لا الواسطة، تأمله. وكذا الاحتجاج

على سقوطها أيضا بأن كُلّ من ادَّعى خلاف ما في الرسم فقوله غير مقبول الخ، باطل أيضا، لأن المدَّعي هنا لم يدَّع خلاف ما في الرسم بل أقر بِمَا فيه وادَّعى أنه قضاه، فإن أثبته فلا إشكال، وإن لم يثبته فيحلف المنكِر ويغرم هو. وكذا الاحتجاج أيضا بأنه لو أدى الدَّيْن لمزق الرسم الخ، لا يلزم من عدم تمزيقه سقوطُ اليمين عنه كما تقدم في نصوص الأئمة، أنَّ المسألة من أفراد قوله ﷺ : البينة على المدَّعي واليمين على من أنكر، فهذه القياسات بِأسرها إنما يحتاج إليها لو كانت النازلة غير منصوص عليها بخصوصها. أما حيث كانت منصوصة، فلا يصح العدول عن النص الى القياس كما هو معلوم، والله تعالى أعلم بالصواب. قاله وقيَّده عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمّا يظهر من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله، حيث شهدت بينة اللفيف أعلاه أن بمحضرهم وقع الخلاص في الرسم الذي كان لبنونة على المؤَذِّن، ودفع له الرسم المتضمن للعِدة، وقدْرُها أربعون ريالا فمزق ولم يبق قِبَله شيء الخ. وقالوا في الاستفسار : إن رسم الدَّيْن قطع الخ، مع كونه (أي الرسم)، لا زال بيد ربه ليس فيه خلاص ولا تمزيق ولا تقطيع، فَقد وجب طرح شهادتهم وتأديبهم لافترائهم وتبيُّنِ كذبهم، فقد ذكر العلماء في الشهود إذا شهدوا بموت شخص غائبا ثم قدم حيّاً أنها زُورَ. إلا أن يعتذروا بعذر مقبول منهم كرؤيتهم له في معركة القتلى مَصْروعاً فاعتقدوا موته ونحو ذلك. ونقله الحطّاب عن المدوَّنة ونصه : إن شهدوا بموت رجل ثم قدم حيا، فإن ذكر الشهود ما يعذرون به كرؤيتهم إياه صريعا في قتلى وقد طعن فظنوا أنه قد مات فليست شهادتهم زوراً، وإلا فهم شهداء زور. (هـ). وإليه أشار في المختصر بقوله : كمشهود بموته إن عذرت ببينتهم وإلا فكالغاصب الخ. وقال في المختصر أيضا : ونقض إن تبين كذبهم كحياة من قتل الخ. وقال القرطبي : شهادة الزور هي الشهادة بالكذب. (هـ). ونحوه للباجي. ولا شك أن شهادة اللفيف هنا بوقوع الْخَلاص في الرسم وتمزيقه وتقطيعه الخ، هي من الكذب الصرَاح لكون

الرسم لا زال موجودا بيد ربه على هيئته خاليا مما ذُكروه، وعليه فإن ذكروا وجها يدفعون به وصمة الكذب فيما شهدوا به من أن الرسم دفع للمدين ومزق فيعذرون وتبطل شهادتهم وإلا فَيَجْرُونَ على حكم شهود الزور في لحوق العقوبة لهم. نعم تجب اليمين على صاحب الرسم أنه لم يقبض ديْنه ولا بعضه، لكون المدين يدَّعي قضاءه، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، ساداتنا الأئمة الأعلام، أبقاكم الله رحمة للأنام، جوابكم عن قوم من اليهود أعطوا ديْنا لمسلم بشهادة عدْلين، ثم دفع لهم منه جلَّه بشهادة أولئك العدلَيْن وطلب منهم أن يكتبوا ذلك المدفوع على ظهر رسوم الدَّيْن فامتنعوا حتى يقعَ الإتمام، فقبض منهم ضامنا وذهب إلى حال سبيله. ثم إن اليهود أنكروا ذلك المقبوض وزعموا أن ديْنهم لا زال على المدين بتمامه، لأن العادة جارية أنَّ دفع الديْن إنما يكون على ظهر الرسم، ومتى لم يكن كذلك فلا عبرة به ولو شهد به عدلان. فهل ما زعموه صحيح أو لا ؟

جوابه : الحمد لله، حيث كان دفع الدَّيْن بشاهدين عدلين فهو صحيح، ولا عبرة بإنكار اليهود، لأن بينة قبضه التي تمسَّكوا بها تقابلها بينة دفعه التي تمسَّك هو بها، فيسقط ديْنهم بذلك قطعا، ولا سيما حيث كانا شاهدا الدَّفع هما شاهدي الأصل. وقد نص على ما ذكرناه غير واحد من الأئمة. ففي ابن سلمون : يلزم الدّافعَ أن يقيم البينة بالدَّفع وإلا فالغرم عليه بعد يمين صاحب الدَّيْن ما وصل إليه شيء ولا دفع إليه شيء، ويأخذ حقه من الذي زعم أنه دفع إلا أن يقيم البينة على الدفع. (هـ). فانظر كيف شرط في البراءة من الدَّيْن إقامة بينة على الدفع فقط سواء كانت على ظهر الرسم أم لا ؟ ومثل ذلك في الحطّاب نقلا عن ابن رُشد. ومثله في تبصرة ابن فرحون، ونصه : وإذا دفع الغريم الدَّيْن الذي عليه إلى ربه، وذهب إلى كتاب يبرئُهُ منه كتبت أشهدَ فُلان أنه قبض من فلان كذا وكذا، الذي كان أسلفه إياه، أو الذي وجب له عليه من ثمن سلعة كذا، وكان قد كتب عليه بذلك كتابا تاريخه كذا وأبرأه منه ولم يبق له قبله قليل ولا كثير ولا دعوَى ولا حجة ولا يمين، وسقط بذلك العقد الذي كان كتبه عليه

بسبب وصول ما فيه إليه. (هـ). وعليه فما زعمه اليهود من عدم قبض شيء من الدَّيْن أصلا باطل لا يلتفت إليه لأن فيه تكذيب العدلين بمجرد قولهم، ولا قائل به، بل تكذيب من شهِدت له البينة، وتصديق من لا بينة له عكس الشريعة المطهرة.

وأما قول الشيخ بناني في حواشي الزرقاني : وقيل يكتب على ظهر الوثيقة وتبقى بيد ربها وعليه العمل كما في الحطاب عن ابن عبد السلام، فلا شاهد فيه، لأن موضوعه في التنازع (أي إذا تنازعا وقت الدَّفْع)، فإن القاضي يحكم بينهما بذلك، وليست هذه هي نازلة السؤال قطعا، والدليل على أن ذلك هو موضوعه نسبته ذلك العمل لابن عبد السلام، وهو إنما تكلم على ذلك. قال في المعيار :

سئل ابنُ عبد السلام عمن كان عليه حق بصك وتنازع المديان مع رب الدَّيْن في تقطيعه أو تبطيله وبقائه عند ربه، فما الذي عليه العمل من القولين ؟

فأجاب : الذي عليه العمل عندنا تبطيله لا تقطيعه. فأنت تراه إنما تكلم على صورة التنازع، وبهذا اللفظ نقله شارح العمل الفاسي شارحا به قوله : وآثروا إبطال رسم الدَّيْن. وكذا قول المختصر : وقضى بأخذ المدين الوثيقة الخ، معناه حكم له بذلك عند التنازع فهو خارج عن موضوع النازلة قطعا، فتأمله، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمَّن كان شريكا مع أخيه في تجارة كبيرة ثم بعد ذلك وقع الفصل بينهما في رأس المال وفي الربح أيضا، وأبرأه في ذلك كله، ثم بعد ستة أعوام، قام يدَّعي عليه أنه إنما أبرأه من الربح خشيةَ أن يدَّعي الخسارة في رأس المال، وأتى برسم استرعاء على ذلك، فيه أنه أشهد شهيديه أن ما يوقعه مع أخيه في ذلك من الصلح والإبراء والمسامحة، لا يلزمه ولا هو ملتزم له، وادَّعى أيضا أن له على أخيه المذكور مائتي ريال من سلف برسم بيده، فأمره القاضي بحضوره فالتزم بإحضاره، ثم بعد ذلك قال : إنه مزقه شاهدا البراءة لأن في رسم الإبراء من الشركة الذي كتبناه بينهما أنهما تبارءا فيها عَدَا المائتين ريالا التي له عليه بحكم

الحلول برسم تاريخه رابع شوال عام واحد الفارط.

فأجبت : الحمد لله، لما طلب المدَّعي للربح بعد إشهاده أنه أبرأ المدَّعى عليه من جميع المطالب كلها والتباعات بأسرها ذات الرسوم وغيرها، فلا يعتبر شرعا، لأنه يؤاخذ بإقراره اتفاقا. ففي حاشية الشيخ الرهوني بعد كلام في نحو المسألة ما نصه : يكفي شاهداً لابن شاس وأتباعه قولُ أهل المذهب قاطبة : يؤاخذ المكلف بلا حِجْر بإقراره، ولا يقبل منه تعقبه بالرافع حسبما هو مقرَّر. وقد حكى ابن القطان في كتابه الإقناعِ الإجماعَ على ذلك ونصه في الاستذكار : وأجمع العلماء على القضاء بإقرار المرء على نفسه. (هـ). وفي المختصر : وإن أبرا فلانا مما له قبله أو من كل حق أو أبرأه بَرِئَ مطلقا. قال الزرقاني : ظاهره شموله للبراءة من المعينات كدار وهو كذلك بمعنى سقوط طلبه بقيمتها أو برفع يده عنها. وقال الحطّاب نقلا عن النوادر عن ابن سحنون : ومن أقر أنه لا حق له قبل فلان فهو جائز عليه، وفلان بريءٌ في إجماعنا. وأما رسم الاسترعاء الذي استظهر به المدَّعي فلا يفيد شيئا. أما أولا، فإن شرطه تقدم الإنكار من المدَّعى عليه والخوف منه بأن يكون ذا سطوة لا يقدر على الانتصاف منه، فإن خلا أي رسم الاسترعاء من الأمرين معا كما هنا، فهو والعدم سواء. وأما ثانيا، فعلى تقدير صحته فشرطه القيام به بالقرب بأن يكون داخل السنة. وأما حيث طال كما هنا لأنه زاد على خمسة أعوام، فلا عبرة به. وأما ثالثا، فهو مرتاب لا يقضى به، لأن من شرطه كما في الزقاقية وشروحها، ومجالس المكناسي أن يكتب بإذن قاضي الوقت، وهذا خالٍ منه، فتأمله.

قال في المعيار : الاسترعاء لا يجوز إلا في أحد وجهين : أحدهما التقية، والثاني الإنكار. وقال ابن سلمون : إذا ذهب ما يتقيه وقام بهذا العقد فهو على حقه. قال ابن الهندي : فإن ترك القيام بعد زوال التقية مدَّة من عشرة أعوام من غير عذر يمنعه من القيام، فلا قيام له في ذلك. ولابن سهل في كتابه تضعيف، ضرب ابن الهندي في ذلك عشرة أعوام. قال : والعامان تكفي في ذلك. (هـ). قال الرهوني : والعام عند ابن سهل ومن وافقه مثلُ العامين، كما في نوازل

المعاوضات من المعيار عن سيدي مصباح، أنظره. وأما المائتان من الريال، فحيث ادَّعى أولا أنها برسم بيده، وادَّعى ثانيا لِما ألزم بحضوره أن شاهديْ الرسم المدلى به أبطلاه لئلا يتكرر الخ، فقد تلون كلامُه فيه وانتقل من دعوى إلى أخرى فوجب إلغاء قوله لاضطراب دعواه، والحكم على المدَّعى عليه باليمين لا غير. ففي نوازل العلمي نقلا عن التوضيح : إذا انتقل الخصم من دعوى إلى دعوى أخرى سقطت دَعْوِيَاهُ معا. (هـ). وقال أيضا نقلا عن ابن عرضون ما نصه : ولو أبيح الانتقال من دعوى إلى أخرى لما انقطعت حجة المدين الخ. وفيما ذكره شراح التحفة لدى قولها : ولا نحصارنا شيء الخصام، أعظم كفاية. وأما قول شهيديْ الإبراء عدا المائتين ريالا التي له عليه بحكم الحلول برسم تاريخه رابع شوال عام واحد الفارط، فليس شهادة منهما بأنها (أي العدة المذكورة) في ذمته، وإنما ذلك مجرد حكاية منهما، لأنهم قالوا : كل ما كان خارجا عن المقصود بالشهادة فهو حكاية، والمقصود هنا إنما هو الفصل من الشركة والإبراء من متعلقاتها فقط. قال الشيخ التّاودي عند قول الزقاقية : وما سيق للتقييد كابن محمد ... الخ، ما نصه : لأن مدار الوثيقة على ما تضمنه الإشهاد من تعمير ذمة أو عقد بيع أو نكاح مثلا. قال في الفائق : وأما ما يأتي فيها من خبر أو حكاية لم تتضمنه معرفة الشهود، فلا يثبت بثبوت الوثيقة إلا أن يزيده الشهود عند شهادتهم أو يشهد بذلك غيرهم. (هـ) منه، وظاهر، أن الشهيدين هنا إنما ذكَرَا أن المائتي ريال هي برسم تاريخه كذا، ولم يذكرَا أنها في علمهما فلا شهادة لهما بها أصلا، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وأجبت عن مسألة بما نصه :

الحمد لله، حيث ثبت بالبينة أن الذمي يعقوب بن يوسف أبرأ غريمه محمد ابن دحمان الشجعي من جميع المخالطة كلها والتباعات بأسرها ذات الرسوم وغيرها، ومن جميع الحجج كلها اللاتي على جميع الدَّعاوي الخ. وكتب هذا الإبراء على رسم الدَّيْن، ثم بعد هذا أنكر الذمي الإبراء من أصله، وادَّعى أنه لم يقبض شيئا من ديْنه، فإن ذلك غير مقبول منه قطعا، وحجته داحضة شرعا، إذ كيف

يعارض ما شهد به عدلان بمجرد قوله، وينكر ما شهدت به البينة من إبرائه، وكتبه على ظهر رسمه، ونصوص العلماء في النازلة كثيرة. وفي كلام المختصر وشروحه كفاية حيث قال : وإن أبرأ فُلانا مما له قبله أو من كل حق أو أبرأه برىء مطلقا فلا تقبل دعواه، وإن بصك إلا ببينة أنه بعده، فكلامه صريح في أن كل رسم تقدم تاريخه على هذا الإبراء لا يقبل أصلا. قال الحطاب اتفاقا.وهذا أمر مسلم لا نزاع فيه، فلا حاجة إلى التطويل به. وأما الاحتجاج على إبطال هذا الإبراء بأن ثاني الشهيدين تكرر منه الزور كما ذكر أعلاه فمردود بوجود رسم الدَّيْن بيد الغريم مكتوبا على ظهره الإبراء بعدلين مقبولين بخطاب القاضي عليهما وإنكار الذمي ذلك جملة وتفصيلا، لا معنى له، إذ يلزم عليه تكذيب العدلين الشاهدين بأصل الدَّيْن أيضا، ولا يصح بوجه لأنه لا شك في ثبوت أصل الدَّيْن المشهود بهذا الرسم، وأنه ما توصل إليه الغريم وقبضه إلا بعد أداء ما فيه، وحيث كان كذلك، فلا معنى لصحة الشهادة في البعض مما احتوى عليه الرسم دون بعض، على أن اليهود قد استشهروا شهرة واضحة بأنهم يقبضون ديونهم ويتركون رسومها تحت أيديهم ويقومون بها على العوام المدة بعد المدة وهذا من ذلك، فأي معنى لسماع دعواه أنه لم يقبض شيئا من ديْنه مع وجود الشهادة عليه بقبضهما والإبراء منها. وأيضا على تسليم هذا البحث فإن الشهادة للثاني مع اليمين كاف في الإبراء، إذ هو شهادة بإسقاط مال، ومن المعلوم أن المال وما يؤول إليه يثبت بالشاهد واليمين، وعزله عن الشهادة لم يكن بموجب فلا عبرة به. وكذا قول من قال : لم يبين في الرسم المنتسخ إسم المبرِىء كسرا والمبرَأ فتحا الخ، غير سديد أيضا، إذ هو مبين غاية البيان لقول الوثيقة بعد ما توصل صاحب الحق المذكور حوله من غريمه المذكور معه : أشهد صاحب الحق أنه أبرأ غريمه المذكور الخ، فهو صريح كما ترى في الإحالة على ما كتب في ذكر الحق، وكل منهما فيه مسمّى باسمه واسم الله، فلا يتوهم أحد أنه غير مسمى، على أن الرسوم مشحونة بمثل هذا، وما رأينا ولا سمعنا من أنكره، ويلزم عليه عدم صحة خطابات القضاة لعدم تسميتهم الشهود في الخطاب، ولا قائلَ به، وكذا قوله: ثالثها مضادة قوله لنص ما شهد له به، غير مفيد أيضا، ولا مضادة فيه لأن الذمي توصل بجميع الحق لكن البعض دراهم ليده

والبعض اقتطع له في مقابلة اليمين، وهذا كله ظاهر لا يختلف فيه اثنان، والله أعلم. قاله المهدي لطف الله به. (هـ).

ووقعت نازلة وهي : رجل مات عن أولاد واقتسموا تركته وأشهدوا أنه وقع الفصل بينهم فيها، وأن كل واحد منهم توصل بحقه إلا مواضع ثلاثة لا زالت بينهم على فرائض الله تعالى، معترفين جميعا أنهم لم يبق بينهم إلا المواضع الثلاثة الخ. ثم مات واحد من الأولاد، فقاموا على زوجته وولده في حانوت بيدهما وزعموا أنها لأبيهم لم تقع فيها مقاسمة بينهم إلى الآن، فهل تسمع دعواهم في الحانوت بعد وقوع القسمة المذكورة ومضي المدة الطويلة نحو الثلاثين سنة، ولم يتكلموا فيها أصلا، ولو كانت لهم ما سكتوا عنها أصلا، أو لا تسمع ؟

فأجبت : الحمد لله، حيث أشهد الورثة بأجمعهم أنهم وقع الفصل بينهم في كل ما خلفه أبوهم وأمهم بأن توصل كل واحد منهم بواجبه الشرعي في جميع ذلك، معترفين أنه لم يبق بينهم سوى المواضع الثلاثة التي هي الدار والطراز والحانوت بالخرازين، حتى يقع الفصل بينهم فيها الخ، ثم قامت الآن الابنتان مع زوج الأخت الهالكة يدعون على زوجة الأخ قدور وولده بمنفعة الحانوت أنها للوالد لم تقع فيها مقاسمة بينهم، والحالة أنها ليست من المواضع الثلاثة الخ. فإن دعواهم بذلك باطلة غير مسموعة، وحجتهم داحضة غير مقبولة، ولو سمعت دعواهم بمثل هذا لم تنقض أبداءأو قبلت حجتهم لبقي التشاجر والنزاع بينهم سرمدا، بل ذلك الإقرار الذي أقروا به من وقوع الفصال بينهم، وتوصل كل واحد منهم بحقه الشرعي هو لازم لهم، لا سيما مع مرور الأزمنة الطويلة، والتصرف على أعينهم المدة المديدة. قال الحطاب في شرح المختصر نقلا عن النوادر عن ابن سحنون ما نصه : ومن أقر أنه لا حق له قبل فلان فهو جائز عليه، وفلان بريء في إجماعنا من كل قليل أو كثير ديْن أو وديعة أو عارية أو كفالَة أو غصب أو فرض أو إجارة أو غير ذلك. ثم قال : ولو قال غلطت في الحساب فليس له أن يحلفه، وإلا ما نفعت براءة ولا انقطعت معاملة. (هـ). وفي حواشي الشيخ الرهوني بعد كلام في نحو المسألة ما نصه : على أنه يكفي شاهداً لابن شاس وأتْباعِهِ قول أهل

المذهب قاطبة : يؤاخذ المكلف بلا حجز بإقراره ولا يقبل منه تعقبه بالرافع حسبما هو مقرر. وقد حكى ابن القطان في كتابه الإقناع الإجماعَ على ذلك، ونصه الاستذكار : وأجمع العلماء على القضاء بإقرار المرء على نفسه. (هـ). وفي شرح التحفة لليزناسني ما نصه : ويقضَى على المقِر بإقراره وهو أقوى من إقامة البينة عليه، لقوله عليه الصلاة والسلام : أحق ما يؤاخَذُ به المرء إقراره على نفسه الخ.

وفي جواب للمحقق السجلماسي شارح العمل الفاسي، عمن ادَّعى بحق في دار ثم أشهد عدلين أنه لا حقّ له فيها فمات وأراد ولده أن يقوم ما نصه :

لا تسمع للولد دعوى بعد ما تقيد على والده في الوثيقة من نفي الحق فيها، وذلك منزل منزلة اللفظ الصريح أن والده لم يترك له فيها ما يرثه، إلى أن قال : وهذا باب عظيم إن فتح للخصوم بطلت فيه حقوق كثيرة وبينات محققة، وسد هذا الباب واجب الخ، والنصوص بهذا كثيرة فلا حاجة إلى التطويل بها، وعليه فحيث أشهدوا على أنفسهم أنهم توصلوا بحقهم من جميع التركة، ولم يبق بينهم منها إلا المواضع الثلاثة، ثم قاموا بعد مدة طويلة جدا نحو الثلاثين سنة على ما في المقال يدعون أن حقهم لا زال في الحانوت إلى الآن ولم تكن أحَدَ المواضع الثلاثة فلا عبرة بدعواهم، وإن لم تطل المدة على ما دلت عليه هذه النصوص وغيرها مما يطول جلبه. وقول من قال : الميراث لا حصر فيه الخ غير صحيح، بل هو كغيره في باب الإقرار.

ففي نوازل المحقق سيدي عيسى السجستاني أنه **سئل** عن رجل تبارأ مع إخوته في كل دعوى، ثم اطَّلَع على ديْن كان لوالده على بعضهم وهو لم يعلم به يوم المباراة، هل يدخل في المباراة وإن لم يعلم به أم لا ؟

فأجاب : إن العمل على إعمال الإبراء لعمومه. (هـ). ولعل من قال ذلك التبس عليه حصر الدَّعوى بذلك، تأمله.

وإذا تقرر هٰذا فنقول : ما استظهرت به البنتان وزوج الهالكة من البينة الأولى بملكية الأب لمنفعة الحانوت إلى أن مات وبقيت بيد ولده قدور الخ، لا

يصح لوجوه :

أولها الاستبعاد، فإن هذه المنفعة حيث كانت للأب ومات وترك أولاده رشداء، فما المانع من إرثها في ذلك الوقت ؟ ولِمَ لم تذكر أصلا إلى الآن ؟ وما المانع من إدراجها في زمام التركة ؟ وأي موجِب لذكر حانوت الخرازين والسكوت عن هذه، مع أنهما في بلد واحد ؟ وقد نص الائمة على بطلانها بالاستيعاد حسبما في المختصر وغيره.

ثانيها، بتقدير أنها لا استبعاد فيها، فلا تقبل لمضي نحو الثلاثين سنة وهو يتصرف بمرأى منهم وبينهم تشاح على ما أخبر به الحامل. وقد قال في البهجة على قول التحفة : فهو بما يجوز الأربعين، ما نصه : وهذا إذا لم يكن بينهم تشاجر ولا عداوة أو أشكل أمرهم. وأما من عرف التشاح بينهم فهم كالأجانب، كما قال :

وذو تشاجـر كالأبعديـــن فيكتفيَ فيهم بعشر سنين

ومراده بالتشاجر التشاح وعدم المسامحة كما في النقل عن ابن يونس والمواق وغيرهما. وما في الدر النثير من أن عشرين سنة إلى ثلاثين غاية المدة في حيازة الأقارب لكثرة التشاح في هذا الزمان الخ، لا يعول عليه، بل العشر سنين كافية كما للناظم وغيره. (هـ).

ثالثها، بتقدير أن لا استبعاد فيها ولا مرور أمد الحيازة عليها، فتبطل بإقرارهم أنهم لم يبق لهم سوى المواضع الثلاثة، لأن هذا الإقرار مكذب لتلك البيّنة الشاهدة ببقاء الحانوت، زيادة على المواضع الثلاثة، ومن كذبتْ بينتهُ لا ينتفع بها، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي المهدي لطف الله به. (هـ).

ووقع السؤال عمن أخذ أموال الناس وكان ضامنا عن والده أيضا وفلس، ووقعت المحاصصة في ماله بين غرمائه، فهل يدخل معهم في المحاصصة من له ذلك الدَّيْن على والده ويكون لا فرق بين الدَّيْن الذي استدانه الضّامن لنفسه والذي ضمنه لغيره، أو لا يدخل رب الدَّيْن المذكور في المحاصصة المذكورة ويختص بها الغرماء الآخرون فقط.

والجواب : الحمد لله، يدخل في المحاصصة كل من له ديْن على المفلس بأي وجه كان، ولا فرق بين الدَّيْن الذي استدانه وأخذه لنفسه والذي ضمنه عن غيره، إذ المدار على كونِهِ في ذمته وهو حاصل في الصورتين. والدليل على كونه في ذمته قول المختصر : الضمان شغل ذمة أخرى بالحق أي الحق الأوّل فألْ للعهد، كما في الزرقاني وغيره. وقال ابن عرفة : الحمَالة ديْن لا يسقطه الخ، ولا سيما على القول المعمول به بأن رب الدَّيْن بالخيار في طلب دينه من الضامن أو المدين ابتداء ولو حضر الغريم (أي المدين) موسرا، فإن الضامن حينئذ يتنزل منزلة المضمون من كل وجه، ولا يبقى فرق بينهما أصلا. قال في التهذيب : وإذَا مات الكفيل قبل الأجل، فللطالب تعجيل الدَّيْن من تركته، ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل، وله محاصة غرمائه أيضا. (هـ). نقله شراح التحفة كلهم وبعض شراح المختصر، وهو صريح في المحاصة في الموت، ومثله الحياة إذا فلس (أي الضامن)، إذ المدار على تفليسه، ولا فرق بين موته وحياته، ولذا قال الزرقاني : وعجل المؤجل المضمون بموت الضامن أو فلسه الخ. وقال أبو الحسن على قول التهذيب : وإذا مات الكفيل الخ، ما نصه : ابن يونس : لأن الحميل مشغول الذمة بهذا الدَّيْن حقيقة، فإذا صح ذلك وجب حلول الدَّيْن بموته. (هـ). نقله أبو علي بن رحّال وزاد : ووَجْه ذلك أن الحميل مشغول الذمة بهذا الدَّين حقيقة، وحكمه حكم المديان في تصرفه في ماله، فإذا صح ذلك وجب حلول الدَّيْن بموته الخ..

والحاصل أنه على القول بأن رب الدَّيْن بالخيار بين أن يقدم الضّامن أو المدين في أخذ دينه من أيهما شاء فلا إشكال، لأن الضّامن تنزل منزلة المضمون في كل شيء، فكما له أخذ دينه من مدينه، فكذا له أخذه من ضامنه سواء. وأما على القول الآخر وهو المرجوع إليه الذي ذهب عليه في المختصر، وهو أنه لا يطالَب الضامن إن حضر المضمون موسرا، فكذلك، لأن المضمون معسر هنا، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

نــوازل الحجــر

الأولياء شرعا ثلاثة : الأب، ثم وصيه وإن بعد، ثم القاضي. قال في التحفة :

أبٌ على بَنِيهِ في وَثاقِ حِجْرٍ لهُ يَبِيعُ بالإطْلاقِ
وَفِعْلُهُ على السَّدادِ يُحْمَلُ

قال الشيخ التّاودي في شرحها : إلا أن يكون هو المشتري لمال ابنه أو يشتري لولده من نفسه أو يبيع لأجنبي لمنفعة نفسه، فهاهنا يكون محمولا على غير السَّداد فيرد. (هـ).

قلت : وفي هذه المسألة قولان مرجّحان. قال الحطّاب في شرح المختصر : وقول المؤلف : «وله البيع مطلقا»، ظاهره ولو من نفسه وهو كذلك، كما تقدم في كلام النوادر، وهو قوله : وما اشترى لنفسه من رقيقهم وعقارهم فذلك نافذ إلا بالبخس البيِّن فيرد كله، وما قارب الأثمان مضَى. (هـ). وقال ابن سلمون : وله أن يشتري مال ابنه لنفسه ولا اعتراض عليه في شيء من ذلك، عقارا كان المال أو سواه إلا أن يثبت سوء النظر والغبنُ الفاحش. ثم قال : وإن ضمنت العقد أن الثمن ثمن مثله فَحسَنٌ، وإلا فهو محمول على السَّداد حتى يثبت فيه الغبن. قاله في المتيطية : وانظر هذا مع ما قاله ابن رشد في الرسم الثاني من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات أنه يحتاج في شرائه مال ولده إلى معرفة السَّداد للإبن، لئلا يشتريَهُ بأقل من ثمنه، لأن الأمر فيما بينه وبينه هو فيه محمول على غير السَّداد. قال : وذلك بيِّنٌ من قوله في كتاب الجُعْل من المدونة. وفي رسم أسْلَم من سماع عيسى من كتاب النكاح : لأنه شرط في شراء الأب لنفسه الرأس يساق لابنته البكر في صداقها أن يكون الشراء صحيحا ببينة وأمر بمعروف. (هـ). ويشير إلى قوله في ترجمة إجازة نزْو الفحل، وكره مالك أن يشتري الوصي من مال اليتيم لنفسه، فإن فعَلَ أو آجرَ الوصيُ نفسَه في عملِ اليتيم في حجره فإنّ فعله يتعقبه الإمام، فما كان خيراً لليتيم أمضاه، وكذا الأب في ابنه الصغير. (هـ). وفي كتاب الصدقة من المدونة : ومن تصدق على ابنه الصغير بجارية فتبعتها نفسُهُ فلا بأس أن

يقومها على نفسه ويشهد ويستقصي للابن. (هـ) كلام حٓ رحمه الله، وبالأول من هذين القولين جرى العمل. قال أبو زيد الفاسي :

ولأب عَنِ الصَّغير مِن وَّلدْ تعويضه من نفسه فَلْيُعتَمَدْ

وشرحه بقوله : يعني أن الأب يجوز له أن يعوض ولده الصغير من نفسه، وبه العمل. وقد ذكر الفشتالي في عقود المعاوضات كتبديل عقار بعقار، أن الأب يجوز له أن يعوض ولده الصغير من نفسه بخلاف الوصي وبه العمل، كما لا يهب مال يتيمه للثواب، بخلاف الأب، والله أعلم. (هـ). وقد ذكر هذا العمل في البيع أيضا ابن زرب، كما نقله ابن سهل في أحكامه، ونصُّه : وفي مسائل ابن زرب، قال ابن القاسم : الوصي كالأب إلا أنه جرى العمل عندنا أن الأب إذا باع من ابنه أو ابتاع من ماله لم يعترض وأمره على التمام، إلا أن يثبت الغبن، وإذا باع الوصي من اليتيم أو ابتاع من ماله لنفسه، فالبيع مفسوخ، إلا أن يثبت السَّداد فيه، وإذا باع من أجنبي حمل على السداد حتى يثبت غيره. (هـ). ونقله في المعيار، ونقل قبله بورقات جوابا لأبي عبد الله المزجلدي، وفيه النقل المذكور عن ابنِ زرب. وقال بعده (أعني المزجلدي) بعد ذلك ما نصه : وما ذكره ابن زرب من التفرقة بين الوصي والأب هو الذي يظهر من كتاب الدُّور والأرضين من المدوَّنة، خلاف ماله في الجُعْل والإجارة من التسوية بينهما، لكن تعقب سحنون مسألة الجُعْل والإجارة وقال : فِعْلُ الأب محمول على النظر ، فعلى تعقب سحنون وما ذهب إليه يظهر صواب تفرقة ابن زرب. (هـ) بنقل العلّامة السجلماسي، ونظمه في عملياته بقوله :

وَمن يَبِعْ من ابنهِ المحجور أوْ مِن مالِهِ ابتاعَ لنفسهِ رأوْا
على التمامِ أمَرهُ لا يعْتَرض إلا إذا ثبوت غبنهِ عرَض
وَإن لنفسِهِ الوَصي فعَلا ذاك على غير السَّداد حُمِلا

وسئل الشيخ الرهوني عن المسألة بما نصه : المطلوب من سيدي أن يبين لي ما أعتمد عليه في مسألة اختلف فيها شيخاي الإمامان : أبو عبد الله سيدي التّاودي بن سودة، وأبو عبد الله سيدي محمد بن أبي القاسم السجلماسي رحمهما

الله، وهي : ما باعه الوالد من نفسه لولده في حِجره، فاقتصر الإمام الأول في شرح التحفة عند قولها : وفعله على السَّداد يُحمل، على أنه محمول في ذلك على غير السَّداد فيرد، واستشهد على ذلك بنص المفيد، واقتصر الإمام الثاني في نظمه لبعض ما جرى به العمل علىْ أن الأب محمول في ذلك على السَّداد والتمام، واستشهد على ذلك في شرح نظمه المذكور بنص أحكام ابن سهل ووثائق القاضي الفشتالي ونصِ ابن مغيث، ولا أدري ما أعتمد عليه في المسألة المذكورة لجلالة كل واحد ممَّن ذكر ورسوخ قدمه في العِلم، ولكن المعول على ما عندكم في النازلة المذكورة.

فأجاب : الحمد لله، الصواب ما قاله شيخنا الإمام ابن سودة، لأنه مصرَّح به في المدوَّنة وغيرِها، ففيها في كتاب الجُعْل والإجارة ما نصه : وكَرِه مالك أن يشتري الوصي من مال اليتيم لنفسه، فإن فعل أو آجر الوصي نفسه في عمل يتيم في حجره تعقبه الإمام، فما كان خيراً لليتيم أمضاه، وكذلك الأب في ابنه الصغير. (هـ). وتلقى كلامها بالقبول الحفَّاظُ المحققونَ كابن يونس واللخمي وابن رُشد وغيرهم، فاختصرها ابن يونس بقوله ما نصه : وقد كَرِه أن يشتري الوصي من يتيمه، فإن فعل نظر السلطان، فما كان خيرا لليتيم أمضاه على الوصي. قال : وكذلك الأب في ابنه الصغير في هذا مثل الوصي في يتيمه سواء. (هـ). ونص اللخمي قال : ويكره للوصي أن يؤاجر نفسه من يتيمه، فإن فعَل، نظر السلطان في ذلك، فإن كان خيرا لليتيم أمضاه وإلا رده. ثم قال : وكذلك الأب يؤاجر نفسه من ولده، فإن كان خيرا أُمْضِيَ وإلا رد. (هـ). وقد سلم أبو الحسن وابن ناجي كلام المدوَّنة السابق ولم يحكيا فيه خلافا، وإنما عارضا كلامهَا هذا بما فيها في كتاب الهبة والصدقة وأجابا عن ذلك. وقد نقل الشيخ العلّامة سيدي محمد بنّاني كلام أبي الحسن عند قوله في الهبة : وتقويم جارية أو عبد لضرورة، فانظره هناك. ونص ابن ناجي في كتاب الهبة وأجاز هنا أن يشتري (أي مال ولده) من نفسه لنفسه وحمل على السَّداد، فيعارض قولها في الجُعْل والإجارة : «وكرِه مالك»..الخ، قاله أبو ابراهيم. والصواب أن لا معاوضة، لأن قولها هناك عام وهنا خاص فيما تصدق عليه به مع كونه تبعتها نفسه،

والخاص يقضي على العام، فيقال : معنى ما ذكر هناك، حيث يكون مال الولد غير صدقة الأب. وأما ما كان من صدقته على الصفة المذكورة فيجوز ابتياعه لنفسه فيحمل على السَّداد، والله أعلم.

وقد خَفِيَ على أبي ابراهيم ومن تبعه كلام أبي الوليد بن رُشد في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات عند قوله في السَّماع، لما سئل مالك : أيشترِي العبدَ الذي تصدق به الأب على ولده الصغير، ثم تتبعه نفسه، فقال لي : ما أحرى مثل هذا، إذا صح، أن يجوز ذلك. وقال يحيى : قال لي ابن القاسم : وأنا أرى ذلك جائزا. وقال سحنون مثله، ونصُّه : قال القاضي رضي الله عنه : أجاز في هذه الرواية، إذا تبعت نفسه العبدَ الذي تصدق به على ولده أن يشتريه كما قال في المدوَّنة في الجارية، وهو في الجارية أعذر منه في العبد، إذ قد تتعلق نفسه بها فيتأذى بفراقه لها، ويحتاج في هذا أيضا إلى معرفة السَّداد، لئَلَّا يشتريه منه بأقلِّ من قيمته، لأن الأمر فيما بينه وبينه، فهو محمول على غير السَّداد، بخلاف ما يبيع له أو يشتري من غيره، وذلك بين من قول ابن القاسم في كتاب الجُعْل من المدوَّنة، وفي رسم أسلم من سماع عيسَى من كتاب النكاح. (هـ). وهو نص صريح في أنه لا فرق بين المسألتين عنده خلاف ما قالوه. فإذا علمت هذا تبيَّن لك أن ما لابن سهل عن مسائل ابن زرب لا يقارب هذا، فضلا عن أن يساويه، فضلا عن أن يكون أرجح منه، والعمل الذي ذكره، قيده بقوله عندنا، وكان في ذلك العصر، ولم يذكر مَنْ بعدهم ممَّن قدمنا ذِكْرَهم هذا القولَ أصلا، فضلا عن أن يكون به العمل في وقتهم المتأخر عن وقت ابن زرب. وأما ما نقله عن الفشتالي وابن مغيث وابن ناجي فلا شاهد له فيه لما نظمه، لأن كلامهم إنما هو صريح في أن الأب يجوز له الإقدام على ذلك بخلاف الوصي، وذلك صحيح، وكون الأب يُحمل فعله على السَّداد أو على خلافه ليس في كلامهم تعرض له فتأمله. والسلام من محبكم محمد بن أحمد الحاج، طالبا صالح دعائكم. (هـ).

قلت : فقوله (أي الرهوني) : وهو نص صريح في أنه لا فرق بين المسألتين عنده، إن عَنَى عند ابن رُشد فمُسَلَّمٌ، لكن لا يرتفع به الإشكال

عندهما، لأن أبا ابراهيم يقول : إن الأول مناقض للثاني، وابن ناجي تبعا لأبي الحسن يقول : إن ما في كتاب الجُعْل لا يجري في كتاب الهبة بل يختص به، وكلامهما مخالف لقول ابن رُشد : إن ما في كتاب الجُعْل يجري في كتاب الهبة أيضا تأمله، وإن عنى عند صاحب المدوَّنة فليس في كلامه تصريح بذلك. وقوله أيضا قيده بقوله عندنا. من المعلوم أن عمل فاس تابعٌ لعمل الأندلس، كما قاله اليزناسني في شرح التحفة. وقوله : ولم يذكر من بعدهم ممَّن قدمنا ذكرهم، لا يلزم من عدم ذكرهم له أن لا يذكره غيرهم. وتقدم أن ابن سلمون اقتصر عليه وهو متأخر عنهم بكثير، وتقدم عن المزجلدي أن الصواب ما قاله ابن زرب، وأن سحنون تعقب ما في الجُعْل والإجارة بما في كتاب الدور والأرضين، وكل هذا شاهد لترجيحه، وقوله فضلا عن أن يكون به العمل. العمل المذكور، ذكَرَه المتيطي، كما لشرح العمل الفاسي وتبعه الفشتالي وابن ناجي وأبو زيد الفاسي في المعاوضة، وابن زرب في البيع كما قدمناه، والمثبِت مقدّم فلا وجه لإنكاره. وقوله : فلا شاهد له فيه إلى قوله : ليس في كلامهم تعرض له، هذا عجيب، فإن كلام المدوَّنة الذي في كتاب الهبة أيضا ليس فيه تعرض لذلك. ونصّه : قال مالك : من تصدَّق على ابنه الصغير بجارية فتبعتها نفسه، فلا بأس أن يقومها على نفسه ويستقصي للابن. (هـ). ومع ذلك نسبوا لها أنها قالت هنا يحمل على السَّداد، وعارضوا بين كلاميْها واحتاجوا إلى الأجوبة عن ذلك ولو لم يكن فيه تعرض لذلك كما قال، لبطل جميع ذلك وهو بنفسه لا يسلِّم هذا، وأيضا يلزم من جواز الإقدام على ذلك حمله فيه على السَّداد، تأمله. وأيضا، على قوله يتحد القولان في الأب ولا يبقى فرق بينهما إلا في جواز الإقدام وعدمه، تأمل ذلك كله، والله أعلم.

وسئل الشيخ الرهوني أيضا عن رجل مات وترك دارا لورثته فباعوها للغير، ومن جملتهم بنت تزوجت في حياة أبيها ومات زوجها وتزوجت ثانيا في حياته أيضا، وقد كانت وكلت زوجها على بيع واجبها من الدار المذكورة وباع عنها بتوكيلها، وقد مضى للبيع المذكور نحو الأربعة عشر عاما، والآن قامت تدَّعي عدم لزوم البيع المذكور مدعية أنها محجورة، واستظهرتْ برسم بمحول صداقها مع الزوج الأول تقدم تاريخه عن قيامها بثلاثة وعشرين سنة، تضمَّن أن أباها قد جدد

عليها الحِجْر في وقت يجوز له ذلك، وقد فوّتَ الدار المذكورة مُشتريها بالبيع الصحيح.

فأجاب : الحمد لله وحده، لا عبرةَ بتجديد الحجر المشار إليه، لأمور :

أحدها : ما ذكرتموه من أنه إنما رفع على خط شاهديْه واحد، وذلك لا يكفي على ما هو الحق. والعمل الذي ذكره سيدي يعيش، وإن ذكره عنه شيخنا الإمام ابن سودة، مبحوث فيه من وجوه يطول بنا ذكرها.

ثانيها : أن الشاهد على الخط لم يقل إنهما كانا حين إيقاعهما الشهادة عدليْن وذلك لا بد منه.

ثالثها : أنه على تسليم أن ذلك وقع بعدليْن مع التنصيص أنهما كانا عدليْن حين إيقاعهما، فلم يتضمن ذلك الرسم معرفة سفهها حين التجديد، وذلك وإن كان غير شرط عند ابن زرب وابن العطار، فقد قال أبو الوليد ابن رشد في مقدماته بعد عزو ذلك لهما ما نصه : وهذا أمر مختلَف فيه، كان أبو عمر الاشبيلي يذهب إلى أن ذلك لا عليها ولا يلزمها، إلا أن يكون تضمن عقد التجديد للسفه معرفة شهدائه لسفهها، وبه كان يفتي أبو عمر ابن القطّان رحمه الله، وهو القياس على مذهب من حد لجواز أفعالها حدا. (هـ) محل الحاجة منها. ونقله ابن هشام في مفيده بهذا اللفظ وسلمه كما سلمه الإمام ابن عرفة وغيره من المحققين، وعليه عَوَّلَ في المختصر، إذ قال : ولو جدد أبوها حجرا على الأرجح وإن بحث في عزوه لابن يونس مع تنزيله على ما قبله، حسبما بين ذلك العلامة ابن غازي، على أن طول الزمان في ذلك جدّاً، وتصرفها بعد ذلك تصرف الرشداء بتوكيلها على البيع، وقسم متروك أبيها مما يوجب إمضاء فعلها، ويؤخذ ذلك مما أفتى به شيخ الشيوخ أبو سعيد بن لب في ذات الوصي إذا مات وصيها بالأحرى، وقد نقله ابن الناظم وسلمه، ونص المحتاج إليه منه. ولو ثبت (أي سفهها)، وقد ماتت الوصية المذكورة وطالت المدة، وتصرفت تصرف الرشيدات بطول المدة لكانت على حكم الرشد في أفعالها على الصحيح منَ الأقوال في أفعال المهمَلِ في مثل هذه النازلة، قاله ابن الحاج. (هـ) منه. والأحروية من وجوه :

أحدها : أن تجديد الحجر قد علم ما فيه، ومع ذلك فقصد كثير من الناس به خشية أن تفوت البنت شيئا في حياة أبيها دون علمه لا قصد استمرار الحجر عليها حتى لا ينفك إلا بفك، كما أشار لذلك العلامة التازغدري في أثناء جواب له مذكور في نوازل الوصايا والحجر من المعيار ونصه : المعلوم من الناس أنهم لا يقصدون بتجديد الحجْر إلا مخافةً الوثوب من وجود الفرجة. (هـ). ثم غاية ما أفاد بتجديد هذا الحجر على تقرير صحته، استمرار الحجر عليها إلى أن مات. وفي المعيار بعدما تقدم بيسير ما نصه :

وسئل سيدي موسى العبدوسي عن المرأة التي توفي أبوها بعد دخول زوجها بها وقبل انقضاء مدة حجرها.

فأجاب بأن قال : المسألة لا نص فيها عندي، وكذا ذكر صاحب المفيد : والظاهر أنها كالمهمَلة. (هـ). وإذا جعلت كالمهملة، فكيف يتوقف في مضي أفعالها بعد هذا الزمان الطويل مع أن ما باعته حظ قليل في شيء لا يقبل القسم قد باع فيه شركاؤها، ثم هذا المشتري منها قد فوت ما اشتراه بالبيع الصحيح، فلا سبيل لها إلى فسخ بيعها لوجوه، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفقه الله.

وسئل أيضا عن نازلة الأرض أعلاه وحوله، فإن الورثة باعوها عام ثمانية، ومن جملتهم الزوجة وولداها الهاشمي وفاطمة، وهما إلى نظرها بالإيصاء المنتسخ هنا، وانعقد عليهم الإشهاد، فهل يلزم ذلك المحجورين المذكورين لما علمتم من أن ما باعه المحجور على عيْن وصيه ولم ينكره عليه ولا رده ممن فعله فهو لازم له، ويكون الوصي كأنه هو الذي فعله كما في الحطّاب ونوازل الحجر من المعيار. وفي بعض الأجوبة منه أن الوصي محمول فيه على أنه يختبره بذلك. ثم إنه قد وقع بيْن ورثة الزوجة والوصي الصلحُ على المحجوريْن المذكوريْن في حقهما بالريال الثلاثة ظنا منهم أن الصلح لازم جائز من واجب لهما، ثم لم يكتفيا بذلك، فقد قاما الآن يرومان حوز الأرض والأخذ بالضم، على أنه قد قدمت الأرض المشار إليها على ما في الرسوم هنا، فكيف بما أخذه صلحا بضميمته إلى ما أخذاه قبل بأكثر من

واجبهما في ثمنها يوم الصلح، فهل بقيت لهما معا مطالبة فيها بشيء أو لا، وقد تقادم بعد حِجرهما بما يزيد على ثلاثين سنة.

فأجاب : الحمد لله، الراجح المعمول به فيما باعه المحجور بحضرة وصيه فسكت حتى طال الأمد أنه كبيع الوصي نفسه، والراجح في بيع الوصي أصولَ محجوره أنه محمول على الصواب. وفي هذه النازلة بخصوصها زيادات توجب مضي ذلك على المحجورَيْن.

أحدها : أن الأم الوصي هنا لم يقع منها أولا مجرد السكوت فقط، بل وقع منها مباشرة البيع في الجملة، لأنها أحد الورثة الذين باعوا جملة.

ثانيها : أن المبيع هنا حصَّة مع وقوع البيع صفقة من جملة الورثة، وقد اتحد مدخلهم.

ثالثها : الإمضاء الواقع من الأم آخرا صلحاً، فإن كان الولدان باقييْن في حجرها إلى أن انعقد الصلح المذكور لزمهما ذلك، وإن لم يكن وقع أولا ما يوجب مضيه لأن البيع الواقع من الرشداء على المحجور في حكم الصفقة، فلو فرضناه منحلا في حق المحجورَيْن إلى وقت الصلح للزمهم، لما نص عليه المتأخرون من أن القاضي إذا أمضى بيع الصفقة على محجور أو غائب لزمهما ذلك، وإن كان الضم لَهُما صلاحا، ولزوم ذلك في هذه المسألة أحرى، لأن الوصي أقوى من القاضي، ولأن الامضاء هنا بعوض، ولأنه لم يثبت أن الضم هنا مصلحة. قاله وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وفي بعض الأجوبة للعلامة المقدس سيدي عبد السلام بن أبي يعزى حركات السلوي رحمه الله ما نصه :

الحمد لله، إذا بنينا على قول أبي ابراهيم أن الوصي إذا اطّلَعَ على ما عقده اليتيم على نفسه مما ليس بمصلحة ولا نظرٍ فهو لازمٌ للوصي في تضييعه وتقصيره في منعه مما ليس بمصلحة، وهو الذي أفتى به ابن عرفة وحكَم به بتونس، وأفتى به الحطّاب أيضا، ويظهر منه رجحانُ هذا القول، فقال أيْ الحطاب : محل الرجوع

على الوصي إذا فات الشيء بيد المشتري، ولم يمْكِن الرجوع عليه (اي المشتري) بكمال القيمة يعني في العين، فإذا تقرر الرجوع بكل وجه، وكان الوصي عالما بأنه غير مصلحة، فالظاهر أنه يضمن، كما يشترط أن يشاهد فعْلَ المحجور ويسكت وهو غير مصلحة، وإذا علم ولم يشاهد، فلا ضمان عليه بالسكوت. والدليل على ذلك قول أبي ابراهيم الذي تبعه من بعده كل ما عقده لليتيم بعلم الوصي وشهادته، وقول الحطاب : الثالث (يعْني من التنبيهات) : إذا باع المحجور أو اشترى وليه وسكت، ثم ساق قول أبي ابراهيم وغيره، وأعظم دليل في المسألة على أن العلمَ ليس كالمشاهدة، قول ابن رشد في أجوبته : إذا لم يحضر الوصي عقد النكاح وإنما اتصل به، إن عقده السفيه بغير إذنه لم يقض فيه بإجازة ولا رد حتى مات السفيه. قال وهو بمنزلة ما إذا لم يعلم يعني لا صداق ولا إرث إلا أن يكون دخل بعلمه فهو منه اجازة، نقله أبو عبد الله الحافظ النوازلي سيدي محمد بن أبي القاسم في شرح عمليات الفاسي بعد نقله اختيار هذا القول تبعا للشيخ الحطّاب. ويشترط أيضا أن لا يطول تصرف المحجور بمرأى من وليه، فإن طال فلا عبرة بحضوره أي الوصي أو بعدم حضوره، فإن لحقه دين أو غيره فعليه، بهذا افتى ابن رشد وابن عتاب وابن الحاج، يعني ومحل الخلاف إذا حضر الوصي في معاملة وسكت، هل الدرك عليه وهو الذي قلناه أم لا ؟ هكذا هو صريح نقل الموّاق، والقول بعدم ضمان الوصي بالحضور قاله جماعة، منهم الابهري وصاحب الاستغناء وابن رشد في المذهب وغيرهم، وهو الظاهر نقلا وعقلا لولا جلالة الأئمة المنقول عنهم القول الأول وإفتاؤهم به. أما النقل فظاهر، لأن القول الذي صدَّرنا به قول أبي ابراهيم، وهذا القول لمن ذكرنا. وأما العقل فإن الناس قد اختلفوا في الترك، هل هو كالفعل ؟ فقال ابن رُشد : انه ليس برضى اتفاقا، واختلف هل هو إذنٌ فعلى قولين أرجحهما أنه ليس بإذن. قال اللخمي في مسألة : وضمن مارسٌ أمكنته ذكاتُه وترك، كان يتنازع في تضمينهِ، ونفيهُ أحسن، وإن كان يجهل أي ليس له أن يذكيهُ كان نفيه أي التضمين أبين، وأجراه ابن محرز وبعض المتأخرين على قولين مأخوذين من قول أهل الأصول، هل الترك فعل أم لا ؟ فإذا بنيْنا على القول الأول، فلا يلزم الوصيّ الضمان بأمرٍ لا شك فيه، وعليه تتنزل

مسألة مالية وهي أن محجورا أعطيَ له مال فوجد بدعوى رب المال أنه قد استهلكهُ فلم يجد ماله عند المحجور وأقام بينة على الوصي بأنه قال له : علمت بأني أعطيته مالا وضيعهُ أجِبي عن ذلك، فقال له الوصي : علمت واسترعيت عليك ببعض العدول، فقال رب المال : بكلامك لزمك الغرم، وسأل الوصي هل يلزمه شيء بهذه المقالة إن ثبتت عليه ؟ وقال الوصي : إنه لم يقل ذلك ورام الطعن في الشهادة المذكورة.

فأجبته بتوفيق الله، أن المحجور إن كان يتصرف على عينه وطال تصرفه وسكوته عنه فلا يتعلق غرم على من كان وصيه، لأن طول تصرفه وسكوته بمنزلة فكه، وإن لم يطل فالعلم الذي أقر به لا يلزمه فيه شيء، وإنما يلزم على القول به إن حضر وسكت، إذ لعله لما لم يحضر تعلق بالمحجور الغرم بسبب إقراره، وإقرارُه لا يفيد، فإذا لم يلزم به الأصلُ فلا يلزم الفرع، وقدْح الوصي في هذه الشهادة كإنكاره العلمَ بالمال في تقييد آخر، فإن كل الشهادة إذا أمكن الجمع بينهما جمع مع أنه يحتاط فيها، فكذلك الدعوى لا يحكم فيها بالتناقض حتى لا يمكن الجمع فيها، على أن العلم وحده غير كاف في تضمين الوصي. وأما سكوته عن التضييع فقد نفاه عن نفسه حيث قال : إني استرعيت عليك يارب المال بفُلان، وقال فُلان : إني قلته لأم رب المال على أن تقوله له. وبعد هذا كله من تأمل كلام الحطّاب وجده فيما إذا باع المحجور أو اشترى وخسر المحجور بمرأى من الوصي فيضمن على قول. وأما المسألة الواقعة، ففي القراض، والقراض أشبه شيء بالوديعة. وقد قال في المتن تبعا للمدوَّنة : وإن أودع صبيا أو سفيها أو أقرضه أو باعه فأتلف لَمْ يضمن وإن بإذن أهله. وقد قال الشيخ أبو علي : قوله وإن بإذن أهله راجع للوديعة. فنقول : القراض مثلها، إذ الجامع بينهما الأمانة، فلا يضمن السفيه وإن أذِنَ وليُّه في قبول الوديعة لا البيع والقرض، فيجري فيهما اختيار ابن عرفة. ولم لا يقال : إن القراض كذلك، ويترك قول المتن، «وضمن ما أفسد إن لم يؤمن عليه» على عمومه وقد أمن في القراض كالوديعة. فمن نظر إليه من الأعلام فلا يعجل بالملام، فما قيدنا منه حرفا حرفا إلا ونظن صحتهُ وندين، والله أعلم. (هـ).

ومثل هذا ما سئل عنه الشيخ الرهوني، ونصه : ومطلوبي من سيدنا تحرير مسألة وقع بيني وبين بعض الطلبة فيهااختلاف، والمعول عليه فيها ما لدي هذا ما سئل عنه الشيخ الرهوني، ونصه : ومطلوبي من سيدنا تحرير مسألة وقع بيني وبين بعض الطلبة فيها اختلاف، والمعول عليه فيها ما لديكم، وهي أن محجورا بيده بغْلة اكتراها منه رجل بغير إذن وصيه ليسافر بها إلى فاس، وبعد عقد الكراء تلاقى رجل مع الوصي فأخبره بما فعله محجوره من إكرائها للموضع المذكور، فسكت الوصي عن ذلك، ثم لما كان من الغد سافر بها مكتريها فسرقت منه بالطريق ليلا، فأراد الوصي أن يلزم مكترِيها غرمها، محتجا عليه بأنه متعد في إكترائها من محجوره، فقال له ذلك البعض المخالف، لا غرم عليه، واستدل لمقالته بعدم الغرم، بأن قول ذلك المخبر للوصي المذكور وإعلامه بفعل محجوره وسكوته عنه بعد علمه، صيره كأنه هو الذي عقده، واحتج على ذلك بما شهره الإمام الحطّاب من الخلاف فيما باعه المحجور أو اشتراه بحضرة وليه وسكوته، فإن ذلك لازم لليتيم، ويعد الوصي برؤيته ذلك العقد وسكوته عنه كأنه هو الذي فعله، فخالفته أنا وقلت له : علم الوصي المذكور بإخبار ذلك الرجل وسكوته عنه لا يصيره كأنه هو الذي فعله. وأما كلام الحطّاب الذي استدل به فلا حجة فيه لمسألتنا، لوجود الفرق بين المسألتين، وذلك أن مسألة الحطّاب وقع فيها عقد المحجور بحضرة الوصي وسكوته عنه، فلذلك صيروه بحضوره كأنه هو الذي فعله، وكل من تكلم على مسألة الحطّاب، فإنه يعبر بالحضور أو الرؤية أو المشاهدة. ومسألتنا ليس فيها إلا قول ذلك المخبر، ولا شك أن الحضور أقوى من العلم وأدل على الرضى والاذن في ذلك العقد، ويدل على أن العلم ليس كالحضور، ما قاله الشيخ عبد الباقي عند قول المتن : «وله إن رشد» من أن المحجور إذا تصرف بغير إذن وليه، فعِلمَه الولي وسكت حتى رشد المحجور، فإن النظر في ذلك له لا لغيره، فإن شاء رده وإن شاء أمضاه، سواء كان مما يجوز للولي رده أو يجب، إذ لو كان علمه وسكوته عنه يصيره كأنه الفاعل له، ما كان للمحجور إذا رشد أن يرده، ثم ادَّعى المكتري المذكور على الوصي المذكور أنه كان أذن لمحجوره في ذلك العقد تصريحا فأنكره الوصي المذكور في ذلك فطلبه باليمين. فقال ذلك المخالف بوجوبها. وقلت له : لا

يمين عليه، أخذا ممَّا نقله الحطّاب عند قول المتن : ولزومه تكليف، وكرره في باب الحجر عن ابن فرحون عن الرعيني من أنه لا يمين على الوصي أو سيد العبد، إذا ادَّعى عليهما الإذن، فالمرغوب من سيدنا أن يجيب طلبتنا وينيل رغبتنا في تحرير هذه المسألة، والمولى ينيلك رضاه، والسلام عائد عليكم. من عبيدكم المكي بن عبد الله البنّاني، الله وليه.

فأجاب : الحمد لله، لَا إشكال أن مسألة الحطّاب وغيره إنما هي فيما فعله بحضرته لَا فيما فعله في غيبته، ولا شك أن بينهما فرقا، ولذلك اختلف الحكم فيمن بيع عليه ماله وهو حاضر، وفيمن بيع عليه وهو غائب عن مجلس العقد فبلغه ذلك، ثم إِنَّ بلوغ الخبر له هنا ليس بثابت، لأن الرجل المخبر على تقدير صحة إخباره لم يثبت أنه عدل، وعلى تقرير عدالته لا يثبت ولا يحصل العلم للوصي بمجرد قوله، مع أنه منكر لذلك ولا يمين عليه في ذلك، لأن الحق للمحجور لا له، والله أعلم.

وسئل الفقيه العلامة سيدي علي بن ادريس عن رجل اشترى دارا من أناس، منهم من هو مالك أمر نفسه، ومنهم من هو محجور، غير أن المحجور باع عنه وصي عليه من قِبل والده، وكان مدخل الجميع فيها مدخلا واحدا وبيعت صفقةً بعد أن سمسرت بالوضع الذي تقع فيه الرغبة والزيادة في الدور ما يزيد على الشهرين، والحالَةُ أن المحجور لا مال له يضم به الوصي المذكور صفقة البيع في الدار المذكورة، وذلك كله من ايصاء وعدم مال وغيرهما، ثبت لدى من يجيب بشهادة عدلي البيع بين من ذكر وموافقة قاضي الوقت للوصي المذكور على البيع المذكور للمشتري المذكور بما ثبت لديه، والآن قام المحجور يطلب نسخة من رسم البيع، يزعم أن بيع الوصي عليه غير صحيح. فهل له سددكم الله ووفركم وأبقاكم حجة للمسلمين، إعطاءُ ذلك أم لا ؟ وإذا قلتم بإعطائها له، هل بيع الوصي المذكور بعد إثبات موجبات البيع في حقه كما ذكر صحيح ولا معطى فيه أم غير ذلك، بينوا لنا ذلك ولكم الأجر والثواب من المَلِكِ الوهاب.

فأجاب : الحمد لله، حيث اتحد مدخل شركاء المحجور معه في الدار

المذكورة ودُعِيَ أحدهم للبيع صفقة واحدة، فإمضاء الصفقة على المحجو ر حيث لا مال له أو له والبيع أولى صحيح لازم للمحجور بعد رشده، واقع موقعه، ولا مرد للبيع إلا إن أثبت المحجور أنه كان ذا مال وقت وقوع البيع في الدار وإن أخذها له كان أصلح وأولى، وبدون هذا لا يسمع منه كلام، ولا وجه للاعذار إليه في رسم شراء الدار، لأن الفرض أن الشركة بينه وبين غيره ثابتة، وأن المدخَلَ متحد، وهذا القدر كاف في صحة البيع ولزومه له، على أن الراجح أن فعل الوصي محمول على السَّداد، وأنه لا يكلف بإثبات موجِبات البيع، ويكفي ذكره لها، وأنَّ على مريد البحث في فعله ونقض بيعه اثبات موجبات نقضه.

وأما ما وقع في التوضيح ونقله الشيخ ميارة في شرح التحفة من أن على المشتري منه أن يثبت أنه اشترى شراء صحيحا، فهو مبني على مقابل الراجح، نبه عليه الشيخ ابن رحال في حواشيه. ومن المقرر أيضا في بيع الصفقة أنه لا يقام فيها بالغبن. وفي العمليات :

والغبن فيها ليس ذا تصور...الخ. وأصل ذلك للقاضي ابن سودة رحمه الله، فإنه قال في بعض أجوبته : إن اشتراط السَّداد في ثمن ما بيع على المحجور، إنما اشترطه الأئمة في بيع القاضي عليه. لحاجة الإنفاق عليه ونحوه، حيث يكون غير ملجأ على البيع ولا ملجأ إليه من حيث الشركة. أما حيث يكون سبب بيع حصة اليتيم إرادة الشريك البيع، ولا مال له حينئذ تضم له به الصفقة، فقد صرحوا بأن ذلك من الأسباب والوجوه التي يباع لها رَبْع اليتيم دون أن يضيفوا لذلك زيادة بخس في الثمن ولا نفي البخس الذي يريد اليتيم القيام به في النازلة إذْ البَيْعُ حينئذ جبري كما ذكر في السؤال، ولو اشترط فيه السَّداد لم يكن لذكره من الوجوه فائدة لتعذره أحيانا. وفي التوضيح نحو ما ذكرته من الاشتراط في الحصة المفردة والاطلاق في المشتركة، ومن تتبع نصوص الأئمة في هذا الباب الفاها شاهدة لما سُطر في الجواب. (هـ) أي كلام القاضي ابن سودة. وكتب موافقا له أي للقاضي ابن سودة في الجواب المذكور الشيخ عبد القادر الفاسي والشيخ اللبّار، والله تعالى أعلم. (هـ) أي جواب ابن أويس والحمدُ لله، ما سطر أعلاه من صحة البيع

الواقع على المحجور في الدار المذكورة ولزومه له صحيح، والله أعلم. وكتب أحمد بن سودة كان الله له.

وسئلت عن رسم بوزان نصه : الحمد لله، أشهدت رحمة بنت محمد بن الطاهر السندي أنها سامحت أخويها أحمد والتهامي ووالدتها أم كلثوم، في جميع واجبها في متخلف أبيها المذكور على اختلافه أصلا وغيره، مسامحة تامة وقبلوا منها ذلك. هل الصدقة المذكورة صحيحة أم لا ؟ مع أن المرأة المتصدقة فقيرة ولها زوج فقير وأولاد.

فأجبت : الحمد لله، الصدقة المشار إليها متوقفة على رضى زوجها، فإن رضي بما فعلت صحت وإلا ردَّت. ففي أوائل البيوع من طُرر ابن عات ما نصه : رأيت في بعض الكتب عن ابن جماهير الطليطلي رحمه الله، أن المرأة ذات الزوج إذا صالحت أخاها فى تركة أبيها بشيء أخذته فاعترض الزوج في ذلك أن الصلح ماض، إلا أن يثبت الزوج أن ما أسقطت، زائد على ثلثها، فيفسخ ما فعلت، فتأمل ذلك واعْلَمْه. (هـ). ونحوه قول ابن رشد : لا يجوز للمرأة ذات الزوج قضاء في أكثر ممن ثلثها بهبة ولا صدقة ولا بما أشبه ذلك من التفويت بغير عوض دون إذن زوجها في قول مالك رحمه الله وجميع أصحابه، لقول النبي ﷺ : لا يجوز لامرأة قضاء في ذي بال من مالها بغير إذن زوجها. (هـ). وأشار له في المختصر فقال : وله رد الجميع ان تبرعت بزائد على الثلث.

فإن قلت : سلمنا أن المرأة إذا تبرعت بزائد على ثلث مالها أنه غير نافذ حتى يجيزه الزوج، لكن المسامحة هنا قد مرَّ عليها نحو التسع سنين، والزوج حاضر ساكت بغير مانع، وذلك يضعف حجته كما لا يخفى.

قلت : لا يضره ذلك لما في نوازل البيوع من المعيار أن أبا الحسن :

سئل عمَّن تصدقت زوجته وهو حاضر فلم ينكر ولم يجز، ووعد بالتسليم بعد ذلك، هل سكوته تجويز لفعلها أم لا ؟

فأجاب : إذا سكت عن الانكار فيما تصدقت به زوجه وأرْبَتْ على

الثلث ولم يجز، فله الرد ما دامت العصمة باقية، رد الجميع على مذهب ابن القاسم في المدونة أو ما زاد على الثلث على مذهب المغيرة فيها. (هـ). تأمله، والله أعلم. وكتبه عبد الله تعالى المهدي العمراني غفر الله له وتاب عليه بمنّه وكرمه.

قلت : وانظر تمام هذه المسألة في نوازل الهبة.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك عن أم وصي على ولدها رشّدته لتشتري منه، واشترت بفور الترشيد، فقام عليها بعد نحو سبع سنين أنه لم يزَلْ سفيها منذ كان إلى الآن.

فأجاب : أنها حيث اشترت منه بالفور، فهاهنا تتهم على أنها إنما رشدته للبيع، فإذا ثبت بعد ذلك سفهه سقط البيع للتهمة، كما به أجاب أبو الحسن وسلمه له ابن هلال وأحرى إن رشدته لذلك، هذا إن ثبت أنه في حين الاطلاق كان سفيها وعجزت الأم عن الدَّفع فيه، فتكون تهمة توجب عزلها وتقديم غيرها كما لمن ذكر، مستدلا أبو الحسن عليه بما نصه ابن عات عن المشاور، وإذا أطلق الوصي اليتيم ثم باع ماله أو أفسده وقامت بينة أنه لم يزل سفيها منذ عرفوه إلى وقتهم هذا، لزمه الولاية ورّد فعلَه وعزل الوصي وجعل عليه غيره، ولا يضمن شيئا مما أتلفه لأنه فعل باجتهاده. (هـ). ونحوه في وثائق الجزيري. وفي المعيار عن ابن لب، قال ابن هلال : ومقتضاه أنه لو علم سفهه وأطلقه لضمن ، وبه أفتى البرجيني قال : لأنه عرضه للتلف، والله أمره بصونه. (هـ).

وسئل الحائك أيضا عن تصحيح ما أفتى به غيره من أن المهملة البالغ إذا تزوجت ودخل بها زوجها ومكثت معه سنة فإنها تحمل على الرشد.

فأجاب : إن المذكور صحيح في المهملة، به جرى العمل في مجهولة الحال كما لأبي علي وغيره.

وسئل أيضا عن النظر فيما كتبه بعض حذاق تلاميذته جواب سؤال نصه الذي لابن سلمون عن ابن الحاج ما نصه : إذا أراد الرجل القيام بالحسبة على وصي إلى نظر أيتام بإيصاء أبيهم ليعلم مقدار ما خلف أبوهم عنده لهم ويوقفه

أيضا على ما تركه المتوفى فله ذلك، وسواء كان الوقف ممَّن يرث الأيتام أو لا يرثهم، وإن أنكر الوصي بعض ما يوقف عليه ولم تكن له ببينة فعليه اليمين، وإن كانت الوصي أم الأولاد دخله الاختلاف في تحليفها لهم. وفي المعيار ما يعضده، زاد إن ظهرت ريبة في الوصي حوسب وإلا فلا، وهذا هو احتياط القولين في أم الأيتام لا سيما اليوم، فالواجب على القاضي سدده الله أن يحاسبهم حسابا شديدا، وعلى هذا تخرج نازلة فُلان مع أمهِ حيث كانت مقدمة عليه من قبل القاضي، بل هي أحرى، لأن ما تقدم في الوصي وما نقله ابن سلمون عن ابن رُشد بعدم المحاسبة فمقابل، وإذا حاسب القاضي هذه المرأة، وكانت فقيرة وجب انتزاع مال الولد منها حسبما جرى به العمل المذكور في لَامية الزقاق وغيرها، وأصله لابن عبد السلام، كما نقله ابن عرفة. وانظر الفائق، فإن هذا في الأب : والمقدم أولى.

فأجاب : إنه صحيح، وقد تكلم على محاسبة الوصي، الحطاب وغيره.

وفي المعيار عن اليزناسني أنه إن تبين للقاضي وجه ما طلب الأخ فعله. وقال الدّاودي : لا يكشف ، كان القائم على المحجور قريبا أو بعيدا إلا أن يستراب، انظره. وقال غيره : وهذا إذا كان أصل المال معروفا عنده، فإن لم يكن المال عنده معروفا وجب أن يعرف قدر ما عنده، وكذلك الأب في ابنه الصغير. قاله ابن الغفور في استغنائه، وإلى هذه الطريقة ترجع فتاوي أئمتنا ابن رُشد وغيره رضي الله عنهم. (هـ).

وسئل أيضا عن محجورة طلبت من حاجرتها أربعين مثقالا لتكسو بها نفسها لرغبتها في زوجها العاجز عن غير النفقة.

فأجاب : تمكن من ذلك لقول الجزيري في وثائقه، وغيرُه، وإن رضيت من هي في ولاية بالبقاء مع زوجها وتنفق على نفسها من مالها فذلك لها، ولا كلام لوليها، ولو طلقت عليه لم يكن بد من النفقة مع الزوج أولى لأن فيها صونا لها وصلاحا. (هـ).

وسئل أيضا عمَّن جرد عليها أبوها الحِجْر في وقت يجوز له، فمات بعد

نحو عامين من دخول زوجها، فسامحت بعض الورثة في بعض المتروك وأخذت الدُّون وتركت لهم الأنفَس وشهد عليها بذلك والشاهد زوجها، فرامت الآن القيام بالتجديد المذكور، إذ لم يظهر وقت الفصل.

فأجاب : إن لها ذلك، لقول أبي علي في شرحه : ومن حجر عليه بالفعل ولو من أب وقد جهل حاله ففعله مردود قبل فكه، ذكرا كان أو أنثى. (هـ). وفي أجوبه الفاسي : إن المحجور إذا مات أبوه وهو باق على حجره. فقال ابن سلمون في كتاب الاستغناء في الذي يموت أبوه أو وصيه بعد تحجيره فباع أو اشترى وتصرف تصرف المالك لنفسه. جاز فعله من وقت يشهد له بالرشد، وإن لم يشهد له بالرشد فحاله على الولاية. (هـ). ثم ذكر ما للحطّاب وغيره فانظره. وفي المعيار عن سيدي مصباح ان الذي انعقدت به الفتوى من الشيوخ وجرى به عمل القضاة في المحجور يموت وليه قبل ترشيده إياه أن حكم الحجر باقٍ عليه حتى ينطلق. وفيه عن اليزناسني ما نصه : من مات وصيه فحكمه حكم المحجور عليه في القول المشهور من المذهب. وفيه عن ابن عات وغيره ما ينعشه ويؤيده في وصي مات وبقيت محجورته مهملة، فوكلت زوجها فغارس عنها.

فأجاب ابن عات، ونحوه لابن عبد الصمد وأصبغ بن محمد وابنِ رُشد وابن الحاج بما نصه : ما فعلته المحجورة من توكيل زوجها ودفْعِه الأرض على المغارسة، مردود من فعلها غير ماض، ويُفْسخ ما وقع من المغارسة كذلك. (هـ). وفي المعيار بعده وبعد غيره ما نصه : واتفاق هؤلاء الأشياخ ومن تقدمهم على رد ما فعلته المحجورة إنما هو على مذهب غير ابن القاسم، وأما ابن القاسم فينظر إلى ما هو حُسْن نظر لها، فما هو حسنه مضى، وإن لم يحكم بإطلاق المحجور، وما لم يظهر حسنه يرد. وبهذا أفتى فقهاء طليطلة. وقول ابن حارث وأصحابه موافق لهؤلاء المفتين. (هـ). ففي قضيتنا مردود عليهما، إذ لا حسن فيما فعلته ولا فيما فعل لها، إذ سامحت في الأنفَس وأخذت دويرية خرِبة وتركت الأصول الثمينة لغيرها من ورثة أبيها فهو غِنيً منها وممن سمحت له وهو واضح، وشهادة زوجها عليها لا يخرجها من ثقاف الحجر الثابت عليها شرعا لأبيها وإن مات وإن كان

زوجها من أهل العلم على الأصح من القولين عند ابن فتحون، وعقده في اللّامية بقوله :

وطوع جواز في الصحيح به أعملا...الخ. وكتب عليه شارحها، وشيخنا أيضا في شرحه لها ما نصه : قال في الفائق : قال ابن الهندي : قول الموثق، وهما بحال الصحة وجواز الأمر، محمول على الانطلاق من الولاية، وأنهم لم يوقعوا شهادتهم على ذلك حتى كان عندهم من الباطن ما علموا انطلاقه من الولاية، وذلك إذا كانوا من أهل العلم، وقيل : لا ينتفع بذلك، وإن كانوا من أهل العلم إلا أن يصرحوا بانطلاقه من الولاية. قال ابن فتحون : وهو أصح القولين : إذ يمكن أن يكون الشهود لم يعلموا بالولاية، فلا تكون شهادتهم بالجواز انطلاقا إلا مع التصريح، ونحوُه للمتيطي، قال وهو الصواب. وفي شرح التلقين : إن الفتوى بترك الاعتداد بذلك. وفي شرح شيخنا المذكور بعدما ذكر بارباء ما نصه : وقد علم من هذه النقول أن عدم الكفاية إنما هو في الانطلاق من الولاية. وأما العقل والطوع فمِمّا لا يخفى، فلا يشهد عليه بأنه في حال عقل وهو بخلاف ذلك إلا زورا. وقولهم بحال كماله يشمل العقل والطوع والرشد، فينبغي أن يعتبر في الأولين دون الثالث إلا مع التصريح به، والله أعلم. (هـ). فلله دره ما رأيت أعينَ ولا أحذقَ منه.

وسئلت عن رجل اشترى من آخر حانوتا بفاس وتأجلا لقبض مفتاحه وإخلائه شهرا، فلما انقضى الشهر طلبه المشتري بذلك، فاستظهر أي البائع باثني عشر من اللفيف يشهدون له بأنه في ولاية أبيه، ولا يحسن البيع والشراء في الأصل وما في معناه. فاستظهر المشتري أيضا بشهادة أربعة وعشرين رجلا أنه رشيد مفارق لأبيه.

فأجبت : الحمد لله، الشهادة أعلاه ناقصة لوجوه :

أولها، ان شهادة السَّفه هي أن يقولوا : هو مبذر لماله في غير مصلحة، وأما كونه لا يحسن البيع والشراء في الأصل، فلا توجب تسفيهه ولا ينفسخ بها ما عقده على نفسه. قال ابن سلمون في وثيقة التسفيه ما نصه : عقد يعرف شهوده

فلانا ويعلمونه سفيها في أحواله مبذرا لماله في غير وجوه البر ومصالحه ممن يستحق أن يضرب على يديه والتحجير عليه في ماله والزامه حكَم الولاية، وهو متصل الحال على ذلك حتى الآن، فإن ثبت هذا العقد وأعذر إليه فعجز قدم عليه كما يقدَّم على اليتيم، ووجب أن يطافَ به ويشهر في المجالين ليحتفظ الناس من معاملته.

ثانيها، أن المعتمد عند الفقهاء في الرشد أنه حفظ المال فقط، فمن كان حافظا لماله غير مبذر له فهو رشيد، وإن لم يحسن بيْعا ولا ابتياعا. قال الشيخ الرهوني في حواشيه بعد نقول ما نصه : فتبيَّن من هذا أن الراجحَ الأقوى الذي به القضاء والفتوى هو أن الرشد حِفظ المال فقط. (هـ). ونظمه السجلماسي بقوله :

ومن يكون فاسقا في حاله ... بفسقه وضابطا لماله
أطلق من أسر الولاية ــ وإن ... يكن بعكس ذاك في الحِجْر سُجِن.

ثالثها، أنهم قالوا في الأصل : وممَّن يخدع فيه، وأسقطوا هذه الزيادة في الاستفسار، وذلك موجب لبطلان شهادتهم كما هو معلوم.

وامتنع النقصان والزيادة ... إلا لمن برز في الشهادة

وأما الشهادة بأنه في حجر أبيه، فترد بشهادة الأربعة والعشرين أنه فارق والده في السكنى وفي المؤونة، قائم بنفسه مستغن عن والده في جميع أموره، فهذه هي المقدمة لأنها ناقلة والأخرى مستصحِبة. وفي المختصر : ورجح بنقل على مستصحبة، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي العمراني الله وليه.

وسئلت عن رجل أثبت رشده ببينتين : إحداهما عدلية والأخرى لفيف، وطلب من مقدمه أن يدفع له ماله فامتنع من دفعه وأثبت سفهه باثني عشر رجلا من اللفيف.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت رُشد عبد السلام البردعي المذكور أعلاه ببينتي العدول واللفيف، فقد خرج من ثقاف الحجر على المعمول به، إذ لا عبرة

بالتولية مع ثبوت الرشد ولا بعدَها مع ثبوت السفه، وعليه فإن أُخر المقدم دفع ماله بعد ثبوت هذا الرشد وتلف فيضمنه حسبما في التحفة وشروحها لأنه متعد، وأما البينة الشاهدة بالسفه فغير معتبَرة هنا لأنها ناقصة، إذ لم يصرح الشهود فيها بأنه مبذِر لماله في غير مصلحة الذي هو روح الشهادة بالسفه. قال ابن سلمون : عقد يعرف شهوده فلانا ويعلمونه سفيها في أحواله مبذراً لماله في غير وجوه البر ومصالحه. وقد تقررَ أن شهادة العدول تبطل بالاجمال، فكيف حال شهادة اللفيف، وأيضا فإن اثني عشر من اللفيف لا تكفي في التسفيه على المعمول به. قال في العمليات :

وقدْرُه في الغالب اثْنَيا عشر وزد لكالرشد وضد أكثر

قال في الشرح : وقد جرى العمل بستة عشر إلى عشرين. وأيضا فإن شهادة العدول مقدمة على شهادة اللفيف عند تعارضهما حسبما نص عليه سيدي العربي الفاسي والشيخ ميارة، ونقله المحقق السجلماسي وغيره، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي العمراني لطف الله به.

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله، حيث ثبت بالبينة الشرعية أن المرأة رشيدة في أحوالها، حافظة لمالها، تحسن التصرف فيه لا تخدع في بيع ولا ابتياع، فقد خرجت بذلك من ثقاف الحِجر، وصارت رشيدة على المعمول به، ولا تحتاج إلى إطلاق وصيها من الحجر إلا على جهة الكمال فقط. قال أبو زيد الفاسي :

وينتفي الحِجْر إذا بدا الرشاد فمن تصرف مضَى ولا فساد

قال المحقق السجلماسي في شرحه بعد كلام ما نصه : يؤيد ما ذكره الناظم رحمه الله من انتفاء الحجر بظهور الرشد، قولُ ابن هلال : العملُ الآن إنما هو على قول ابن القاسم من اعتبار الحالة دون الولاية، فلا عبرة بها مع ظهور الرشد، إلى أن قال : بهذا العملُ منذ خمسين سنة، ونحوه في المعيار عن العبدوسي. قال العلامة أبو البقاء سيدي يعيش الشاوي في كواكبه السيارة، بعد نقله ما نصه :

قلت : وفتاوي المتأخرين تدل على طرد هذا العمل في الذكر والأنثى والمحجور لوالده وللوصي والمهمَل، والعلة متساوية في الجميع. (هـ). وقال الشيخ أبو علي بن رحال : مذهب ابن القاسم وهو اعتبار الحالة من رشد أو سفه هو الذي به العمل بفاس ولا عبرة بحجر ولا نفيه. وقد بين هذا صاحب المعيار في مواضع عن العبدوسي وغيره، وبينه ابن هلال في نوازله غاية البيان إلى أن قال : وهذه القاعدة بيناها في الشرح غاية، الرجال والنساء مهملات وغيرهن، من تزوجت ومن لم تتزوج مَدْخولا بهن أم لا. فظهر بهذا أن قول من قال : إن المرأة لا تخرج من الحجر إلا بفك الوصي أو المقدم غير صواب، لأنه جارٍ على المشهور، والعمل بخلافه كما رأيته. ومن المعلوم عند الخاص والعام أن العمل مقدم على المشهور. وأما احتجاجه بكلام الشيخ التّاودي في شرح التحفة فغير صواب أيضا، لأنه بحث فيه بأنه فيه خلل نشأ من كثرة الاختصار. قال الشيخ أبو علي بن رحال في حاشية التحفة لما تكلم على ما جرى به عمل فاس فيما يخرج به النساء من الحجر ما نصه : وذات الوصي أو المقدم فِعْلُها ماض إن عُلِم رشدها، فإن علم السفه أو جهل حالها لم يمض فعلها إلا بفك الوصي أو المقدم. (هـ). ونقله عنه بناني وسلمه الرهوني، ومثله في التسولي أيضا، فانظر كيف خص فك الوصي بمن علم سفهها أو جهل حالها وذلك بمعزل عن النازلة. فقوله وسلم له ذلك الجهابذة، غير صحيح، بل هو غير مسلم قطعا ولم يتابعه على ذلك أحد، وعليه فإن أخَّر هذا الوصي دفع مال هذه المرأة اليها بعد ثبوت هذا الرشد وتلِف، فإنه يضمنه لأنه متعد في بقائه تحت يده. وقد ذكر هذا شراح التحفة. وأما قوله : إن الاستفسار غير مطابق فسفسطة ظاهرة بل في غاية المطابقة. وقد ذكروا أن المعتبر فيه هو مطابقة المعنى لا اللفظ، وعليه جرى عملهم، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به بمنه.

الحمد لله، المشهور لدى أئمة المذهب، أن المحجور لا يخرج من الولاية إلا بالفك ولو ثبت رشده، وعليه درج الشيخ خليل في مختصره، إذ قال : إلى فك وصي أو مقدم. والذي به العمل وهو مذهب ابن القاسم أنه إذا علم رشده وثبت فلا ترد أفعاله، وإليه أشار ناظمه بقوله : وينتفي الحجر إذا بدا الرشاد. قال في

البهجة عقِبَ ذكره للعمل المذكور ما نصه : وهذا العمل مطّرِد في الذكر والأنثى وفي الأب والوصي والمهمَل. (هـ) فانظره. ومعلوم أن ما به العمل مقدم على المشهور كما لناظم العمل أيضا،وعليه فالمحجورة أعلاهُ محدٌ له حيث ثبت رشدها فأفعالها جائزة لا ترد ولا تحتاج إلى فك، على أن الأوصياء والمقدمين الذين يتوقف حكم الحاكم على إطلاقهم جريا على المشهور، ليسوا بأمناء لقلة أديانهم في زماننا هذا، فقد لا يأذنون في الاطلاق طلبا لإبقاء مال المحجور تحت أيديهم بنتفعون به وفرارا من المحاسبة إن صرفوه في مصالح أنفسهم، فيضيع بذلك حق المحجور كما لا يخفى، وهؤلاء وأمثالهم لا يبقون على غيهم الذي قصدوه، فيخسى الذي للغي يبغي توصلا. ولذا جرى العمل من نقاد الجهابذة الأعلام بإدخال مال الأيتام في ذمة الأوصياء خشية ادعائهم ضياعها، ولا جرم أن من الضياع عدم فك الرشيد من الولاية إلى موته، فيجب على من ولّاه الله حكم مثل هذه النازلة أن يقضيَ بالمعمول به فيها لا بالمشهور، ولا قدح في استفسار شهادة الشهود حوله بشيء، لجريه على نص الشهادة وخُلوه من الإجمال والإيهام والاحتمال، ولا زائد عمّا فصله الشهود في شهادتهم في الاستفسار من قولهم : حافظة لمالها تحسن التصرف في أمورها لا تخدع في بيع ولا ابتياع. ولا يقالُ:إن تلك الألفاظ مقولة عنهم لعسر تلفظهم بها، بل نقول : إن جل العوام الذين دخلوا المكتَبَ في صغرهم لا يعوزهم ذلك لسردهم أكثر منه، فضلا عن مثل ما ذكر، وذلك مشاهَدٌ ليس بالخفي. وبالجملة فإن الشهادة المحدث عنها واستفسارها صحيحان يقضَى بهما، وأن المحجوزة معهما جائزة الافعال لا تحتاج إذ ذاك إلى إطلاق. وكتبه أفقر الورى إلى رحمة الملِكِ الخلاق، عبدُ ربه سبحانه الصحروي بن بوبكر الحسنوي عامله مولاه بلطفه ووفقه بمنه. (هـ).

وسئلت عن مقدم قاض على بنت زَوّجْها لرجل بالرباط وجهزها له بمائتي مثقال وخمسين مثقالا ثم رفع أمره للقاضي فأمر بتقويم ربع دار لها فقوم بمائتين وخمسة وعشرين مثقالا فصيره له القاضي بالمائتين والخمسين مثقالا التي جهزها بها فقبله بذلك، والآن رشدت البنت المذكورة وأرادت فسخ التصيير المذكور، فهل لها ذلك أم لا ؟

فأجبْتُ : الحمد لله، لا يصح التصيير المذكور ولا يعتبر لأمرين :

أولهما، خلوه من الشروط المعتبرة في بيع مال المحجور المشار لها بقول المختصر : «وباع بثبوت يتمه وإهماله وملكه لما بيع، وأنه الأوْلى وحيازة الشهود له والتسوق وعدم إلفاء زائد..الخ، فأنت ترى هذا التصيير خاليا من التسوق ومن عدم إلفاء زائد، ومن كونه أولى ما يباع على المحجورة. وفي التوضيح ما نصه : وأما القاضي فله أن يبيع على اليتيم إذا ثبت عنده يتمه وإهماله ومِلكه لما بيع عليه، وأنه لا شيء عنده يباع غير ذلك، وأنه أوْلَى ما بيع عليه من عقاره. (هـ). نقله الشيخ ميارة في شرح التحفة مقتصرا عليه ومسلما له. وفي طُرِر ابن عاتٍ : وأن المبيع في هذا الكتاب أحق ما يباع عليه. (هـ). وفي ابن سلَمون : وتضمن العقد ممن يعرف صغر الابن وحاجته، وأنه لا وصي عليه والمبيع أولى ما يباع عليه والسَّداد. (هـ). قال الشيخ الرهوني في جواب له : يجب التعويل على شرطيته لاقتصار أبي المودة خليل عليه حيث قال : وباع بثبوت يتمه وملكه لما بيع، وأنه الأولى. وسلم له ذلك الأئمة الأعلام كالمواق وابن غازي والحطاب والشيخ سالم والتتائي والأجهوري وأتباعه والشيخ مصطفى وشيخنا شيخ الجماعة أبو عبد الله ابن سودة أطال اللهُ بقاءه، والعلامة سيدي محمد بناني، وشيخنا المحقق أبو عبد الله سيدي محمد بن الحسن الجنوي وغيرهم من شيوخنا، فلو لم يرد في المسألة إلا نص المختصَر هذا مع تسليم من ذكرنا لوجب الوقوف عنده، كيف وقد نص الجم الغفير من أهل الوثائق والأحكام على ما قاله هذا العلامة الهمام. (هـ) الغرض منه.

ثانيهما، أن ما فعله هذا المقدم حيلةٌ للتَّوصل إلى مِلك رُبْع الدار الذي لمحجورته، لأنه وإن كان جرى العمل بِبَيْع أصل المحجورة لتتجهز به لكن تجهز بما يناسبها، وبعادة أمثالها وبقدر صداقها لا يبيع جميع أصلها، فهذا ليس بنظر ولا يقول أحد بجوازه لأن العلماء متفقون على أن النائب عن غيره معزول عن غير المصلحة، ولا مصلحة في بيع أصل اليتيمة كله وشرائه لها بجهاز ينقضي في مدة قريبة. قال القرافي : لا يتصرف من وليّ ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية إلا لجلب مصلحة أو درء مفسدة. وكل من ولي ولاية فهو معزول عَنْ المفسدة. ونقله

المواق أيضا في شرح المختصر عن أبي عمر ابن عبد البر، ونظمه الشيخ ميارة في تكميل المنهج فانظره. وبالجملة فالتصيير المذكور فاسد لا بد من نقضه لقوله تعالى : «ولا تقربوا مال اليتيم إلا يالتي هي أحسن»، ولا أحسنَ فيه مبنى كما قررناه والله تعالى أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به.

وسئلت عن امرأة ثبت رشدها بأربعة وعشرين رجلا من اللفيف وعدلين والكل من جيرانها. فأثبت الوصي سفهها ببينتي اللفيف والعدول فأثبتت المرأة ببينة أن الاثني عشر رجلا الذين شهدوا بسفهها ملاطفون لوصيها.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت رشد المرأة بالبينتين، فقد خرجت من ثِقاف الحجر، ولا تحتاج إلى فك الوصي على المعمول به الذي هو مذهب ابن القاسم من اعتبار الحال دون الولاية، فمَن كان بحال الرشد فأفعاله ماضية، ومن كان بحال السفه فأفعاله مردودة، ولا عبرة بولاية ولا بعدمها. قال في التحفة :

فظاهر الرشد يجوز فعله وفعلٌ في السَّفه رُدَّ كلُّه

قال الفقيه سيدي يعيش الشاوي في كواكبه السيارة : هذا القول هو المشهور، وعليه تقرر العمل بفاس قديما وحديثا، وفتاوي المتأخرين تدل على طرد هذا العمل في الذكر والأنثى، والمحجور لوالده وللوصي والمهمَل، والعلة متساوية في الجميع. (هـ). ومثله للشيخ أبي علي بن رحال. وأما ما استظهر به الوصي من بينتي التسفيه فباطل. أما بينة اللفيف فكثير فيهم من قرابة الوصي، وكلهم ملاطِفون له حسبَما ببينة بيد المرأة. وقد نص الأئمة على بطلان شهادة اللفيف بذلك. ففي آخرِ جواب للإمام اللبَّار في اللفيف ما نصه : ثم لا بد من اشتراط السَّلامةِ من جرحة الكذِب والسَّفه والفجور وإظهار السكر واللعب بالقمار، ومن الأوصاف الرذيلة ومن لحوق التهمة فيما شهدوا به من صداقة خاصة وقرابة مع المشهود له وعداوة مع المشهود عليه، وإلَّا فلا تقبل شهادتهم اتفاقا. (هـ). ونظمه في العمليات، أنظره. وأما بينة العدلين فتبطل أيضا شهادة اللفيف بترك الاستفسار وهو أمر لا بد منه في شهادة السَّفه إلّا من أهل العلم. قال في الزقاقية : شهادة إعتاق ورشد وضده.. إلى أن قال : تفسد إلّا من ذوي العلم

فاقبَلَا. ومثله في التبصرة، أنظره. وتبطل الشهادتان أيضا بكون شهودهما ليسوا من الجيران للمرأة وهو شرط. قال الشيخ أبو علي بن رحال : حاصل ما ذكره الجزيري وابن سهل : أن تكثير الشهود في الترشيد والتسفيه شرط، وأقل الكثرة عند ابن الماجشون أربعة، ولا بد أن يكون الشهود من الجيران. ونقله عنه الشيخ بناني في حاشيته وأقره، وفيه كفاية،والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به.

وسئلت عن امرأة أطلقها الوصي من الحجر وأطلعها على زمام تركة والدها، وعلى الداخل والخارج من وفاة أبيها الى الآن، وعلى الصائر وما دفع وما بقي عليه، فسلمته بمحضر زوجها وموافقته، وأبرأته من ذلك كله، ثم الآن قامت تطلب أربعة من التجار وعدلين ويراجعون تلك المحاسبة بأسرها، لأن التسليم والإبراء كانا منها في ساعة رشدها وذلك غير لازم لها، وأفتاها بعض الجهال بذلك.

فأجبت : الحمد لله، قال الشيخ التّاودي في أجوبته لمّا سئل عن محاسبة الأوصياء أنفسهم ما نصه :

من المعلوم المقرر الذي هو كالشمس أو أشهر أن الوصي أمين كالشريك والمبضع معه، وعامل القراض، وأنهم مصدقون ومحمولون على الأمانة، لا يخونون إلّا أن يظهر كذبهم أو تثبت خيانتهم، فإذا قال واحد منهم بعتُ بكذا أو إشتريت أو أجرت أو قبضت فهو مصدِّق من غير تفرقة بين كثير أو قليل، فلو قَالَ : تحصّلَ لي من جملة المبيع المتعدد كذا ونسيت ما بعت به كل كل فرد، أو قال الوصي : قبضت في مدَّة كذا كذا، ولم يبين قدر المقبوض في كل شهر أو سنة ولا عين القدر الواجب في الأكرية من القدر الواجب في الغلة لم يخرجه ذلك عن الأمانة. وعليه بحيث اطلعت المرأة بعد رشدها على زمام تركة والدها داخلا وخارجا، وعلى تقديم الأصل وغير ذلك حتى عرفت كل مسألة بعينها وسلمته وأبرأت الوصي من ذلك بمحضر زوجها وموافقته، ثم قامت الآن تريد نقض ذلك وترجع الى الحساب فلا يسمع قولها ولا يُصْغَى إليه، لأن ذلك لازم لها شرعا، بل لو كانت لم تسلمه للزمها الآن تسليمه لما تقدم أن الوصي أمين في الشرع، لا سيما وقد حضر زوجها

على الإبراء ووافق عليه، وكلام العلماء يفيد أن ذلك متفق عليه، لأن هذا ابراء من المعيّنات، والخلاف إنما هو في الإبراء العام بقرب رشدها. قال البرزلي في أواخر مسائل الوكالات.

مسألة : لا يجوز للوصي أن يبرئ عن المحجور البراءة العامة، وإنما يبرئ عنه في المعينات، وكذلك المحجور بقرب رشده كستة أشهر فأكثر، ونص عليه المتيطي. (هـ). ومثله في الحطّاب والخرشي، فأنت تراه صرح بأن الإبراء من المعينات لازم.

وفي جواب لأبي الحسن الصغير نقله في الدر النثير ما نصه :

وأجاب بأن بيعه جائز وإن باع بقرب الإطلاق حتى يتجه إطلاقه، وإذا أطلقه جازت أفعاله وإن وقعت بقرب الإطلاق كما تقدم، ولا تقل حتى تطول المدَّة لأنا نقول : إن كان مخافة أن يصدر منه التبذير فهو مصادم، والسلام.

قلت : كما إذا دفع إليه الوصي ماله بعد إطلاقه إياه فأبراه وأسقط عنه الدَّعاوي، فإنه يلزمه ما أشهد به على نفسه. قال في الوثائق المجموعة : ولا قيام له فيه إلا أن يثبت أنه كان في حين إطلاق الوصي بحال سفه فيرجع إلى الولاية. فهذا أيضا نص صريحٌ في عين النازلة، وأما ما سطر حوله فهو مع طوله لا فائدة له أصلا. وبيانه أن قول الأول منهم في الشهادة تناقض، لقول الشاهدين صدْر الوثيقة بعد ما رشدت، وقولهما في عجزها والمرأة في ساعة رشدها ليس بصحيح، إذ معنى في ساعة رشدها أنه بالقرب منه، بدليل قول الوكيل على لسان المرأة في المقال والترشيد والإبراء وقعا في يوم واحد. فلو تأمل قول الوكيل المذكور لفهم أنه لا تناقض، لأن شرطه الاتحاد في الزمان، على أن تلك الزيادة عارية من التاريخ فلا عبرة بها. وقوله عن ابن الهندي : لا يصلح أن تكون محاسبته إياه في كتاب الإطلاق ولا في فوره، باطل أيضا لأمرين :

أحدهما، أن معنى قوله لا يصلح أي لا ينبغي، بدليل قول المقصد المحمود : يجوز إطلاق القاضي لمحجوره وإن لم يستأمره، واستيماره أحسن، ويجوز دفع الوصي للمطلَق من ولايته ماله، وتقيد ذلك في عقد الإطلاق، وتقيد فيه إبراءه

وقطع الدعاوي عنه. قاله ابن العطار،وكرهه ابن الهندي قال : ولا تكون المحاسبة في فور الإطلاق حتى يمضي لذلك وقت تبعد فيه التهمة. (هـ) من الكواكب، فانظر كيف نسب لابن الهندي الكراهة فقط، وذلك يفيد ما قلناه.

ثانيهما، أنه مقابل، فلا يجوز الإفتاء به كما يفيده هذا الكلام المنقول عن المقصد المحمود، وقول أبي الحسن السّابق : ولا تقل حتى تطول المدَّة، ويفيد ذلك أيضا ابن هلال في الدر النثير ونصه :

قلت صريح جوابه رحمه الله عن المسألة الأولى وظاهر جوابه عن الثانية صحة بيعه مطلقا، سواء باع بقرب الإطلاق أو بعده، كما إذا دفع إليه الوصي ماله بعد إطلاقه إياه فأبرأه وأسقط عنه الدَّعاوي فإنه يلزمه ما أشهد به على نفسه. ابن العطار : إن دفع إليه الوصي ماله وعقدت ذلك في كتاب الإطلاق جاز ولا قيام له فيما يبريه من قبض ماله وقطعه الدَّعاوي عنه. ابن الهندي : لا يصلح أن تكون مصالحته إياه في كتاب الإطلاق ولا في فوره وحرارته وقربه حتى يمضي لذلك وقت، لئلا يتهم أن إطلاقه إنما كان على أن يبرئه المحجور ويقطع دعواه عنه. وقال في الوثائق المجموعة والمتيطية : له ذلك. (هـ). فأنت ترى كيف حكاه مقابلا لابن العطار، ثم أتبعه بكلام الوثائق المجموعة والمتيطية، وذلك يدل على تفرده، وأنه لا قائل به سواه، واللهُ أعلم. وأما ما نقله عن الخرشي فحجة عليه لأن فيه التصريح بأن الابراء من المعينات لازم بقرب الرشد. وأما قوله قال ابن عطية، فعجب، لأن ابن عطية تكلم على أن الوصي إذا أراد أن يطلق المحجور يحتاج إلى إذن القاضي، وهذا بمعزل عن النازلة. وصرح الرهوني في حاشيته بأنه خلاف المشهور. وعليه فحيث كان خارجا عن موضوع النازلة وخلافَ المشهور، كان نقله في الفتوى من التلبيس والتشويش وقلب الأحكام، وفي هذا كفاية، والسلام، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وورد سؤال من سلا عن امرأة كان أطلقها وصيها من الحجر الذي له عليها، وبقيت على حالة الرشد مدة مديدة نحو الخمسة أعوام حتى توفي وصيها المذكور، فقامت تطالب ورثته بإعادة المحاسبة معها، وأثبتت سفهها، ثم في خلال

الخصام رفعت القضية إلى الجانب العالي بالله، فأمر أيده الله قاضيَيْ سلا ورباط الفتح باجتماعهما مع أهل الشورى من فقهاء العُدْوَتَين على القضية، فحكموا بإعادة المحاسبة ووجدوا عددا كثيرا من الريال مدرَكا على الوصي الميت، فاتَّفقوا بعد مشقة على أن تمزق رسوم سفه الجانبين (أي المرأة وأولاد الوصي الميت)، ويصير الكل رشيدا ويقع الصلح بين الفريقين على أن يدفع ورثة الوصي للمرأة مائة وخمسين ريالا، فصيروا لها في العِدة المذكورة حانوتا تخلفت عن الهالك وقومت بذلك. ثم إنه كشف الغيب على أن قاضي سلا كان أخذ نسخة من رسم سفهِ المرأة المذكورة وأخفاها حين تمزيق أصلها وأبقاها تحت يده، ثم لما مات القاضي المذكور بقيت عند ورثته إلى أن طلقت المرأة المذكورة، وكانت قبل طلاقها وهبت زوجها وأعمرته، ثم إن بعض ورثة القاضي المذكور أعطى النسخة لوكيل المطلقة عسى أن تنفعها في استرجاع الهبة والعمرى، فهل أيدكم الله هذه النسخة تنتفع بها المرأة أم لا ؟ أجيبوا متفضلين مأجورين، وتصدقوا علينا إن الله يجزي المتصدقين، أبد الله النفع بكم للمسلمين، وأدام بكم مصالح الدنيا والدين آمين والسلام. (هـ).

فأجبت عن ذلك بما نصه : الحمد لله، حاصل هذا السؤال ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : هل تنتفع المرأة المذكورة بهذه النسخة المتضمنة لسفهها فيما مضى وتفيدها الآن شيئا أم لا ؟

الثانية : هل الهبة الصادرة منها لزوجها وكذا العمرَى صحيحة أم لا ؟

الثالثة : على أنها صحيحة، هل تبطل بهذا الطلاق أم لا ؟

فأما الجواب عن المسألة الأولى فنقول : لا تفيدها النسخة المذكورة شيئا، بل هي والعدم سواء، لأنها رشيدة فلا عبرة بالسَّفه المتقدِّم، لأن العمل عل قول ابن القاسم من اعتبار الحال، فمن كان بحال الرشد فأفعاله ماضية، ومن كان بحال السَّفه فأفعاله مردودَة، فهذه النسخة التي بيدها لا تفيد، ولو كان وصيها

الآن حيا ولم يطلقها الزوج فأحرى مع انتفاء الأمرين. قال في التحفة :

فظاهر الرشد يجوز فعله وفعل في السَّفه ردَّ كله

وذلك مروي عن ابن القاسم. قال العلامة أبو البقاء سيدي يعيش الشاوي في كواكبه السيارة على مضمون هذا الكلام ما نصه :

قلت : هذا القول هو المشهور، وعليه تقرر العمل بفاس قديما وحديثا. ففي المعيار عن العبدوسي : أن الولاية لا يعتبر ثبوتها إذا علم الرشد ولا سقوطها إذا علم السَّفه، وإنما يراعى الحال دون الولاية، وإلى ترجيح هذا القول والعمل به ذهب الأشياخ المحققون من المتقدمين والمتأخرين. وبه العمل بفاس. (هـ).

قلت : وفتاوي المتأخرين تدل على طرد هذا العمل في الذكر والأنثى والمحجور لوالده وللوصي والمهمل، والعلة متساوية في الجميع. (هـ). وبمثل ما أشار له أبو البقاء كان يفتي العلّامة أبو حفص سيدي عمر الفاسي، ونحوُه قول ابن هلال في نوازله : العمل الآن إنما هو على قول ابن القاسم من اعتبار الحالة دون الولاية، فلا عبرة بها مع ظهور الرشد ولا بعدمها مع وجود السَّفه، وبهذا، العمل الآن، وبه يحكم حكام البلد الآن ويفتي مفتيهم وبه نفتي نحن، وهذا أمر شائع ذائع يعرفه العامة الممارسون لأمور الخصام، ولعمري إن هذا هو الصواب. وقاله المازري وغيره، وهو الذي اختاره المحققون، ونحوه قول العلّامة أبي علي بن رحّال في حاشية التحفة، مذهب ابن اقاسم وهو اعتبار الحال من رشد أو سفه هو الذي به العمل بفاس، ولا عبرة بحجر ولا نفيه، وقد بين هذا صاحب المعيار عن العبدوسي وغيره، وبينه ابن هلال في نوازله غاية البيان. قال العبدوسي : وهو اللائق بالناس، فإن الانسان يكتب حجر ولده ويرسله يشتري ويبيع، فإن فعل السَّداد سكت وإن فعل غيره أظهر الحجر، وفي هذا ضرر على الناس كما لا يخفى، قِفْ على آخره. ونظمه أبو زيد الفاسي أيضا فقال :

وينتفي الحجر إذا بدا الرشاد فمن تصرف مضى ولا فساد
وثابت السَّفه حين البيع ينقض واللزوم غير مرعي

قال في شرحه هذه المسألة : ذكر جريان العمل بها في المعيار عن العبدوسي، وذكره أيضا علماء وقتنا وأفتوا به قاطبة الخ، فتبين من هذا أنه لا عبرة بنسخة التسفيه، لما ذكرناه من أنها الآن رشيدة لا لما ذكره السّائل من انعقاد الجمع لاولئك العلماء على إبطال التسفيه وصيرورة الكل رشيدا، لأنه لم يظهر لِلْحكم بصيرورة الكل رشيدا مستند، إذ الواجب تقديم بينة السَّفه على الرشد كما هو المعمول به والمعتمد.

وأما الجواب عن المسألة الثانية فيظهر مما قررناه في الأولى، فإن كانت وقت الهبة ظاهرة السَّفه فالهبة مردودة، وكذا إن كانت مجهولة الحال على المشهور، وإن كانت ظاهرة الرشد، فهي لازمة على ما به العمل، إلا أن تدَّعي أنها وهبت ذلك لزوجها استسلافا لزوجيته واستبقاء لها فيقبل قولها بيمين، وترد الهبة أيضا ما لم تطل، لما قاله العلماء من أن الانسان أعرف بكيفية خروج مِلكه من يده، فيقبل قوله فيما يدَّعيه من ذلك. قال ابن فرحون في تبصرته ما نصه : وفي أحكام ابن سهل في امرأة أسلفت زوجها ثلاثين دينارا ذهبا وأنظرته بها خمسة أعوام أو ثلاثة، الشك مني، ثم طلقها بعد عام ونصف من تاريخ السلف، فزعمت أنها إنما أسلفته وأنظرته استدامةً لعصمتها معه ورجاءً في حسن صحبتها له، وكان التحاكم فيها عند ابن بقي، فشاور في ذلك فأفتى ابن عتاب : القول قول المرأة فيما ادَّعته من ذلك وتحلف ثم تأخذ حقها منه حالا، وبذلك أفتى الشيوخ فيها قبل هذا أن القول قولها مع يمينها، إذ هو الظاهر من أمر النساء أنهن إنما يفعلن ذلك لذلك فَهُوَ كالعُرف الذي يصدق فيه من ادَّعاه.

وقال عُمر بن الخطاب رضي الله عنه فيما ذكره مالك في الموطأ عنه : من وهب هبة لصلة الرحم أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته إذا لم يرض منها بحكم رضي الله عنه بما دلت عليه الحال، فكذلك هذه، ومن ادَّعى العُرف صُدِّق، لأن العُرف كالشاهد لها بدعواها، والمتعارف في أحوال النساء فيما يوسعن به على أزواجهن من أموالهن، إنما يردن بذلك مرضاة الأزواج واستدامة عصمتهن معهم وطلب مسرتهن، فإذا وقع

الطلاق واستحالت نفوسهن عن ذلك إلى ضده، هذا الذي لا يعرف غيره. (هـ) بلفظه، ونحوه في الفرع الثالث عشر من نوازل النكاح في الفائق قائلا : وبمثله أفتى ابن عتاب وشيوخ قرطبة قبله، إذْ هو الظاهر من أمر النساء أنهن إنما يفعلن ذلك استدامة لعصمتهن مع أزواجهن، وهو كالعرف الذي يصدق فيه من ادَّعاه، ولها نظائر كثيرة فافهم. (هـ) منه.

وسئل سيدي العربي الفاسي عن امرأة طلب منها زوج ابنتها أن تهب له جميع واجبها في والد زوجته على أن يقوم لها بجميع أملاكها غير الموهوب المذكور وأوصاها أن لا تذكر ذلك للشهود وإنما تذكر لهم الصدقة فقط من غير ذكر شرط وأجابتْه لذلك، ثم بعد مدَّة عارضتْه بأن ذلك كان على الشرط المذكور، وعارضها هو بأن الشهادة خالية من ذكر الشرْط، فهل عليه البينة أم لا ؟ لأنها تقول : لو كان لله لوهبْتُهُ للمساكين.

فأجاب : إن قام للمرأة شاهد الحال أنها إنما وهبت على الشرط ودلت القرائن على ذلك فالقول قولها مع يمينها، فإذا حلفت بطلت الهبة لأنها لا تصلح على الوجه المذكور. (هـ). من نوازل الزياتي. نعم ، قال الزرقاني على قول المختصر : «إلا أن تهبَهُ على دوام العِشرة كعطيته لذلك ففسخ» ما نصه : وهذا إذا فارق بالقرْبِ، وأما بالبعد أي كالسنتين بحيث يرى أنه إذا حصل عرضها فلا ترجع بقدره. (هـ) بلفظه. وهذا القيد يجري مثله في هذه أيضا، والله أعلم. وفي التزامات الحطّاب ما نصه : قال اللخمي في كتاب إرخاء الستور : وإن أعطته زوجته مالا على أن يمسكها ثم فارقَها، فإنْ فارقها بقرب العطية كان لها أن ترجع، وإن كان فارقها بعد أن طال الأمر، وما يرى أنها بلغت الغرض في مقامها لم ترجع وإن طال، ولم تبلغ ما يرى أنها دفعت المال لمثله، كان لها من المال بقدر ذلك على التقريب فيما يرى، وهكذا قال مالك، والله أعلم. وأما قول الموثق في وثيقة الهبة : وأنها قاصدة بذلك وجه الله العظيم، فتلفيق منه لا غير، وإنما مقصودها المحبة في زوجها. وأيضا إن قصدت ما ذكر كانت صدقة وهو قال صدرَ الوثيقة : وهبت، فتأمله.

وقال في الفائق : **سئل** الشيخ أبو عبد الله السطي رحمه الله عن رجل التزم نفقة الزوجة (أي زوجة ولده) وكسوتها وكراء مسكنها، وكتب بذلك وثيقة عليه ثم اختلفا. فقال والد الزوج : هذا الالتزام المذكور لأمد الزوجية، لأن الزوج عديم، وقال والد الزوجة لا إلى أمد

فأجاب : إذا كان اللفظ الصادر من الملتزم هو نفقة الزوجة وكسوتها وكراء مسكنها هذا من غير تقييد، فالظاهر حمله على أمد الزوجية، لاستغراقه لها وبُعْدِ قصد ما زاد عليها، ولا يقبل حمله على ما دون هذا إلا بموجب. (هـ).

وأما الجواب عن المسألة الثالثة فهي كالهبة في الصحة واللزوم، وأما البطلان بالطلاق فلم نقف الآن على ما هو صريح فيها سوى قول ابن الناظم.

سئل الأستاذ أبو سعيد بن لب رحمه الله عن المتعة بين الزوجين في الموت والفراق.

فأجاب : الحكم الذي لا شك في صحته أن الإمتاع في الفراق والموت مساوٍ للعمرَى في ذلك، لأنهما باب واحد، هبة المنفعة مدة مجهولة تنتهي بوقوع أمر مجهول، والأصل باق على ملك صاحبه وإليه ترجع المنفعة. وقد ذكر ابن أبي زيد في مختصر المدونة في العمرَى : لا فرق بين أن يسكنه عُمرَه أو حياةَ فلان، وقدوم فلان لأن ذلك كله مجهول، فَمَا وجب في أحد هذه الوجوه وجب في بقيتها. وقال ابن عات في العُمرَى : وقد تكون بغير لفظها من الإسكان أو الإمتاع. (هـ) الغرض منه، ونحوه قول الشيخ ميارة في شرح التحفة : إعلمْ أن الإمتاع والعُمرَى بالنسبة للموت والطلاق متساويان. لأنهما باب واحد، وهو هبة المنفعة مدَّةَ مجهولة تنتهي بأمر مجهول الوقت، والأصلُ باق على ملك صاحبه إلى آخرِ ما تقدم عند ابن الناظم، وحكمُ الإمتاع هو قول التحفة :

وفي امرىء ممتع في المال   يموت قبل وقت الاستغلال
وقامت الزوجة تطلب الكرا   قولان والفرق لمن تأخَّرا

ثم قال :

وفي الطلاق زرعه للزارع ثم الكراء ماله من مانع

قال الشيخ ميّارة في الشرح : وأما إذا طلق الزوجة، فإن الزرع لزارعه والكراء يجب عليه إلى تمام غلته التي تكون في أرضها، لأن المتعة في مقابلة تحسين العِشْرة وليس بعد الطلاق عِشرة يصانِع على تحسينها، وإلى هذا أشار بقوله : وفي الطلاق زرعه للزارع... البيت. قال ابن سلمون : وإن طلقها بعد أن زرع الأرض فالزرع له ويلزمه من كراء العام بقدر ما بين وقت الطلاق وبين وقت الحصاد، تنسب تلك المدة من العام ويؤخذ منه الكراء على قدر تلك النسبة. (هـ). وقال اليزناسني في شرح التحفة : إذا أمتعت الزوجة زوجها بكرم أو ثمرة، فإن انقضت الزوجية فيما ذكر بعد بدو الصلاح في الكرم وطيب الثمر في الثمرة، كانت الغلة أو الثمرة للزوج أو لورثته، وإن كانت قبل ذلك كان للزوجة، أولورثتها، وإذا كان ذلك للزوجة أو لورثتها، فهل يرجع الزوج بما أنفق وعالج قولان، اختار ابن سلمون عدم الرجوع، واختار الأستاذ أبو سعيد بن لب الرجوعَ، والله أعلم. (هـ). فهذه النصوص تفيد بطلان العُمرَى المشار إليها بالطلاق، فلا تبقى للزوج عمرى بعده، ولا يحاسَب بما استغله قبله فتأملوها، والله أعلم بالصواب. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد بن الخضر الحسني العمراني كان الله له بمنه آمين. (هـ).

وسئل من يأتي ذكرهم بما نصه :

الحمد لله، محجورة لها نصيب على الشياع مع والدها في دار، ثم إن والدها ترتبت في ذمته ديون للمسجد فوكل من يبيع عنه ما يباع من أصول وغيرها ويقضِي به ديونه، فعمد الوكيل المذكور وباع جميع ما هو له، ومن جملة ذلك الدّار المشتركة بينه وبين ابنته، ولم يذكر الوكيل في بيعها نصيبَ البنت بحال، وإنما باع جملة الدار بمائتي مثقال ودفعها لناظر المسجد المذكور، وذلك مدة من عشر سنين أو أكثر، ثم تزوجت البنت وقامت الآن على من بيده الدار المذكورة محتجة بأن بيع نصيبها لا مصلحة لها فيه، سيما وقد باعه والدها لنفسه حيث قضى به دينه على أن والدها لم يوكل على بيعِ نصيبِها، وإنما باعه الوكيل وسكت الوالد عن بيعه،

وسكوتُه وإن كان يعد منه رضى ويكون كأنه هو الذي فعله كما نص عليه الحطّاب في المحجور يبيعُ متاعه ثم يَعلَمُ وليه ويسكت، أن ذلك يعد رضى وإمضاءً إذا كان لمصلحة، وإلّا نقض وهنا لا مصلحة، والمشتري للدار المذكورة يحتج بأن سكوت الأب يُعد منه رضى، فهو بمنزلة ما إذا باعه بنفسه، وللأب أن يبيع على ولده لسبب ولغير سبب لأنه محمول على السَّداد حتى يثبتَ خلافه. وهنا قد ظهر موجب البيع لأن الأب قد ورث مع ابنته المحجورة ربع الدار المذكورة من والدتها، فمدخله معها واحد، فله أن يصفق عليها لأن في الصفقة عليها مصلحة لهما معا في زيادة الثمن، ولا كلام لها في ذلك، فحيث وجد سبب البيع فلا يضرنا كون الأب أدخل الثمن في مصالحه لأنه يصير دَيْنا في ذمته لابنته، فالمطلوب من سيادتكم الجواب عن فصول المسألة، والله يوفقكم ويسعدكم.

الجواب، والله الموفق بمنه للصواب، أنه حيث كان الوالد اتحد مدخله بالإرث مع محجورته المذكورة فذلك أقوى موجبات البيع عليها عَلَى ما جرى به العمل في غير الأب، فما بالك بالأب، ولا يضرنا كونه لم يوكل الوكيل على بيع متاع ابنته بالنص لكونه حيث وكله على بيع ما يباع وفوّض له ذلك، ظهر للوكيل المذكور أن يبيع جملة الدار لتكثير الثمن، كما لا يضرنا عدم ذكر الصفقة في رسم البيع حيث باع الجملة، لأن ذكر الصفقة في رسم البيع حيث باع الجملة ليس لفظا متعبدا به لا بد منه، كما في أجوبة سيدي عبد القادر الفاسي. وأفتى به سيدي التّاودي وسيدي بناني وسيدي عبد الكريم اليازغي برّدَ الله ضريح الجميع، وحيث سكت الأب عن ضم الصفقة، فهو إمضاءٌ منه لها سواء كان للبنت ما يضم لها به أو لا، كان الضم أولى من غيره أو لا، حسبما في جواب سيدي محمد المجّاصي في محاجيرَ بِيعَ عليهم صفقة، وأمضى ذلك مقدمهم، ثم أثبتوا أن لهم أصولا هي أولى بالبيع، وأن لهم أموالا يضمون بها الصفقة، أن الصفقة عليهم ماضية، ولا حجة لهم، أنظر شرح سيدي محمد بن قاسم لعمل فاس عند الكلام على الصفقة.

إذا علمت هذا بما نص عليه العلماء من أن الأب إذا باع لِـمَصْلحةِ نفسه

فإنه ينقض البيع، إنما ذلك فيما إذا لم يكن للبيع سبب آخر غير بيعه لمصلحة نفسه، لا إن وجد سبب من الأسباب التي يباع لها على المحجور كما هنا، على أنه إذا باع الأب باسم نفسه وجهل ذلك، هل هو لمصلحة أو لا، فإن البيع ماض ويحمل على المصلحة. ولا كلام للولد أصلا، نص على ذلك المتيطي وغيره، والله أعلم. وكتبه عبد ربه تعالى أحمد بن محمد المراكشي وفقه الله بمنه آمين.

الحمد لله، ما سطره المجيب أعلاه صحيح. وكتب محمد بن عبد الله البرور، وفقه الله بمنه وكرمه.

الحمد لله، ما أفتى به في النازلة أعلاه هو الظاهر من نصوص الأئمة والمأخوذ من عباراتهم. وكتب محمد بن عبد الرحيم لطف الله به.

الحمد لله، ما سطر أعلاه صحيح، والله أعلم. وكت عبد الله تعالى محمد المدني البويعقوبي لطف الله به. (هـ).

وأجاب الرهوني رحمه الله بعد ذلك بما نصه :

الحمد لله، المتبادَر من التوكيل أعلاه أن التوكيل إنما وقع على بيع ما هو ملك له لا على غيره، وقد نص الأئمة على أن التبادرَ علامة الحقيقة، كما نصوا على أن الحمل عليها متعين حتى توجد قرينة تدل على المجاز ولا قرينةَ هنا، بل وجدت قرينة تدل على الحمل على الحقيقة، وهي أن التوكيل على البيع ليدفع الثمن فيما عليه من الدين، لأن الأصل أنه إنما يبيع الانسان في دينه ملكه لا ملك غيره، فعلى هذا حظ المحجورة باقٍ على مِلكها لم ينعقد فيه بيع معتبر شرعا، والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا. وما أشير إليه في الفتوى حوله المصححة بِمَا بعدها من أنه ظهر للوكيل المذكور أن يبيع...الخ. لا يخفى ما فيه، إذ ليس التوكيل أعلاه من توكيل التفويض في شيء. ومن المعلوم المقرر أن الوكيل الذي ليس بمفوض إليه لا يتعدى ما وكل عليه إلا ما استثني وليس هذا مِنهُ. وفي المختصر، فلا يَعُدُّهُ إلا على بيع فله قبض الثمن. ثم على تسليم وجود قرينة هنا تَصرِف الكلام عن ظاهره تسليما جدليا لم يمض البيع في حق المحجورة أيضا، لما في رسم التوكيل من

التصريح بأن البيع ليقضى به دين الموكل، فلو باشر الأب البيع لذلك بنفسه ما مضى عليها، فكيف بوكيله.(1) وما قيل حوله من أنه آيِلٌ لبيع الصفقة لا يجدي، لأنه عدول عن صريح الى محتمل ينافيه. ثم لو سلمنا ذلك تسليما جدليا فحقّ المحجورة باق أيضا على مِلكها لأنه لم يقع فيه نظر، لأن إمضاء وكيل الأب كاف، إذ هو كإمضاء أبيها الذي هو وليها،تإمضاء بعد انعقاد البيع صفقة عليها في حقها، ولا خلاف أنه لا يمضي بيع الصفقة على من بيع عليه بهاف، إذ هو كإمضاء أبيها الذي هو وليها، إمضاء بعد انعقاد البيع صفقة عليها في حقها، ولا خلاف أنه لا يمضي بيع الصفقة على من بيع عليه بها إلا بإمضائه إن كان رشيدا، أو بإمضاء وليه إن كان غيره، وكلام المجّاصي وغيره إنما محله بعد وقوع الامضاء ممن له إمضاؤه، وادعاء أن سكوت الأب يتنزل منزلة الإمضاء غير مفيد، لأن الراجح كما في الحطاب وغيره أن السكوت ليس كالصريح فيما كان الحق فيه للساكت، فكيف إذا كان الحق لغيره كما هنا، ثم لو بنينا على المرجوح في السكوت لم يضرّ المحجورة هنا لأنه إمضاء لمنفعة نفسه، وهذا كله مع عدم ثبوت أن الأب كان مسجونا مكبلا من قبل المخزن، أما مع ثبوته فلا إشكال، والعلم كله للكبير المتعال. (هـ).

قلت : الظاهر ما أفتوا به لأنه وكله على بيع ما يباع، وهو هنا حظه من الدار، وبيعُه صفقة أولى من بيعه مفردا كما لا يخفى لكثرة ثمنه بالصفقة، والله أعلم.

وسئل من يأتي ذكرهم عن رجل ترك أولادا صغارا وكبارا وأوصى على الأصاغر أحد الكبار، وجعل إيصاءه تحت إشراف زوجه أمّ بعضِ الأولاد الموصَى عليهم، وكان مما تخلف عنه ميراثا، داران بحضرة فاس في أواسطها وهما من الغلة ما له بال، ومن متروكه أيضا سلعة بز وكتان تزيد على ألف مثقال، وحلى وذهب

(1) فيه نظر، لأن الأب لو باع عليها صفقة للزمها قطعا بوكيله بمنزلته.

وجوهر يقارب الألف أو يبلغه، وأثاث ونحاس على أنواع متعددة، وزرابي وغير ذلك مما له ثمن معتبر، وسانية تحتاج إلى مُؤَنٍ كثيرة بإقامة دواب لسقيها وصرف ثمن معتبر في إصلاحها، لا يفضل عن مصالحها إن قام بها من غلتها إلا القليل، وإن لم يقم بها يبست وخربت. ثم إن الوصي والمشرف استبقيا ما ذكر من غير الدارين، وبعثا وكيليهما، فباعا الدارين اللتين بفاس في ديون على الهالك المذكور، بعضها برسوم، وبعضها بلا رسوم، وبيعت الداران فيما ذكر من الديون الثابتة وغير الثابتة قبل أن تقبض أيمان القضاء للمحاجير، وهما أي الداران أنفس ما خلفه الهالك المذكور، وأحسن ما يتحفظ عليه للمحاجير لغزارة مستفادهما، فلا كلفة تلزم المحاجير، فهل ساداتنا ينقض هذا البيع ويجب رد الدارين على المحاجير لاشتراطهم في بيع رَبْع اليتيم أنْ يكون أولى ما يباع عليه وهذا عكسه، ولعدم إحلاف في الدين الثابت يمين القضاء. وقد نصوا على أن من باع أصل يتيم لقضاء دين لزمه قضاؤه قبل يمين القضاء ينقض البيع، ويرد الأصل للمحجور وتقتضَى يمين القضاء، ثم ينظر في ذلك للمحجور بالافضل من بيعه أو غيره حسبما في المعيار وغيره، وأصل الديون الثابتة لو لم يكن بد من بيع الأصل فيها قد لا يحتاج إلى بيع الدارين معا، وقد اشترطوا في جملة شروط بيع ربْع اليتيم ألّا يباع أكثر مما تدعو اليه الحاجة، أجيبوا جوابا شافيا.

الجواب بتوفيق الله سبحانه، أن بيع الوصي على الوجه المذكور غير جائز على المحاجير يجب فسخه ورد الدارين الى ملكهم، لأن بيعه الأصل المأمون الذي له غلة معتبرة وابقاؤه ما لا غلة له أصلا كالحلي والأثاث أو له غلة تافهة كالسانية المذكورة سوءُ نظرٍ لهم، إذ فوّتَ عليهم منفعة عظيمة بلا ثمرة محققة أو مظنونة، ولا شبهة مصلحة، وهو معزول عن مثل ذلك شرعا. قال القرافي : لا يتصرف من له ولاية الخلافة فما دونها. الى الوصية إلا لجلب مصلحة أو درء مفسدة، لقوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ». فكل من ولي ولاية فهو معزول عن المفسدة الراجحة أو المصلحة المرجوحة. (هـ). فانظر إلى تصريحه بأن الوصي معزول عن التصرف بالمصلحة المرجوحة، فكيف إذا تصرف بلا مصلحة

أصلا. وكون الوصي في بيع الربْع كالأب على ما جرى به العمل لا يسوغ له الاقدام على مثل هذا، ولا يمضي من فعله إن أقدم عليه، لأن معنى كونه كالأب في ذلك على ما قاله صاحب التوضيح والحطّاب وغيرهما، هو أن له البيع وإن لم يبين سببه، أو أن له البيعَ للأسباب المعدودة عندهم وغيرها لعدم انحصار الأسباب فيها، وخارجا وليس معناه أنه يبيع من غير شرط من شروط بيع ربع اليتيم التي من جملتها كون المبِيع أولى ما يباع عليه، ولمزيد تأكد هذا الشرط. قال صاحب الدر النثير عقب جواب لأبي الحسن ما نصه : قلت : بقي عليه من الشروط الآتية كون المبيع أحق ما يباع، ثم اعتذر عن ترك الشيخ ذكره نصا بأنه استغنى عنه بدلالة الالتزام، هذا معنى اعتذاره، فانظر كيف لم يصحح فتيا الشيخ بمضي البيع على المحجور إلا بتحقق وجود هذا الشرط. وقد قال أبو الحسن بعد أن ذكر ما يعتبر في صحة بيع عقار المحاجير ما نصه : وما خالفَ ذلك مما ظاهره الفساد عليهم وسوءُ النظر لهم فلا يجوز، ويفسخ إن وقع. (هـ). والله سبحانه أعلم. وكتب عبد الله سبحانه وتعالى محمد المِير لطف الله به آمين.

الحمد لله، المسطَّرُ أعلاه صحيح. ويجب فسخ بيع الوصي المذكور، ورد الداريْنِ للمحاجير، لتَبَيُّنِ أن بيعه ذلك ضرر لا مصلحة فيه، وهو كغيره من الأولياء معزول عَن غير المصلحة. وما استدركه صاحب الدر النثير على الشيخ أبي الحسن هو عند الشيخ أبي الحسن نفسه في جوابه المنقول في أواسط سفر المعاوضات من المعيار. ونص المحتاج إليه من الجواب المذكور : هذا البيع يَرُدُّ لوجوهٍ :

منها أنه باع المِلك في دين لم يجب بعدُ في التركة، إذ لا يجب إلا بعد أن يؤدي عليه عدول وحلَف يمينَ القضاء. ومنها أنه باع فيه أنفَس المِلك، ولو وجب فيه البيع لم يبع إلا ما يفي به من أخس الأملاك إن لم يوجد غير الأملاك من العروض والحيوان. ومنها أنه باع من الأملاك بأكثر من الدين، والبيع لو وجب لم يبع فيه إلا بمقدار الدين. (هـ) وهو وافٍ بفصول السؤال.

وفي المهذب عن المدونة ما لفظه : ثم لا يبيع النفيس إلا عند عدم الخسيس. (هـ). وما ذكره أبو الحسن من رد البيع الواقع لأجل الدين قبل يمين القضاء، بمثله أفتى أبو الضياء مصباح، وهو وإن قيل بعدم نقض البيع بِذلك وتتلافى يمين القضاء فيترجح هنا ما أفتى به الإمامان المذكوران بموت بعض القابضين للدين وتعذر استيفائهِ ممن مات، ولا سيما وفي البيع ما يوجب نقضه بدون ذلك، والله سبحانه أعلم. وكتب عبد الله سبحانه وتعالى أحمد بن أحمد الحكموي تغمده الله برحمته.

الحمد لله، ما سطر أعلاه صحيح. فإذا ثبت أن الوصي البائع عن محاجيره، لا حظ له معهم في الدّارين المذكورتين، وأنه باعهما لغير سبب من الأسباب التي يباع لها عقار المحاجير سوى الدين، والدين المذكور للمحاجير ما يباع في قضائه مما هو أولى بالبيع، رُدّ البيع حينئذ لعدم جريه على النهج المشترط في كلام الأئمة. والله أعلم. عبد ربه تعالى علي بن أويس.

الحمد لله، الجواب بالملصق أعلاه والتصحيح عقبه، جميع ذلك صحيح. وما شلَبه المصحِح الأول من كلام أبي الحسن المنقول عن المعيار كاف، وفي عين النازلة صريح، والله أعلم. وكتب عبد ربه محمد بن ابراهيم لطف الله به آمين.

الحمد لله، لا إشكال في رد البيع المذكور لما ذكر، والنصوص المجلوبة أعلاه كافية، وسواء ثبت أن للوصي حظا مع محاجيره في الدّار أم لا.

ففي أجوبة الشيخ أبي الحسن **وقد سئِل** عن أب باع جنانا مشتركا بينه وبين ابنته من رجل وشهد على البنت أنها سلّمت، ثم ثبت أنها لم تكن إذ ذاك خرجت من ولايته وأنه باع لغير مصلحة.

فأجاب بما نص المحتاج إليه منه: وإذا تقرر هذا فلِلمسَلِّمَة نقض البيع مع أخذ سائر المبيع بالشفعة إذا قامت بقرب خروجها من حجر أبيها بأقل من العام. (هـ) بلفظه. وسلّمه العلامة ابن هلال في الدر النثير : ومسألتنا تؤخذ من مسألته بالأحرى لأمرين : أحدهما، أن البائع في مسألته الأبُ، وفي مسألتنا

الوصيُّ، ولا يخفى أن الأب أقوى من الوصي. ثانيهما، أن المحجورة في مسألته شهد عليها بالتسليم، وفي مسألتنا ذلك مفقود، والله سبحانه أعلم. قاله وكتبه عبيد الله تعالى محمد بن أحمد الحاج الرهوني وفقه الله.

وسئل الشيخ المسناوي عن وصي باع عقارا عن أيتامه وذكر السبب الموجب لبيعه لشاهدي رسم البيع، فهل يصدق في ذلك بدعواه أو لا بد من إثبات ذلك بغيره...الخ.

فأجاب : الحمد لله، قال الأستاذ أبو سعيد بن لب : الحكم في وصي الأب أنه يشتري لمحجوره ويبيعُ عليه، ولا يفتقر في ذلك إلى إثبات السَّداد، ومحمل فعله في ذلك كله على السداد حتى يثبت خِلافه. وقال ابن عتاب في السبب الذي وقع بيع الوصي من أجله : إن ذُكِر فحسن، وإلا فالبيع تام. وعلى هذا درج الموثِقون : ابن العطار ومَن بعده ممَّن وقفت عليه. قال شيخ شيوخنا القاضي أبو عبد الله سيدي محمد بن سودة : وبما قال ابن عتاب جرت الفتوى في هذه المسألة، والسلام. (هـ).

الحمد لله، الجواب عن النازلة أعلاه هو قول المتيطي ما نصه :

والأحسن في الوصي أن يذكر في العقد عِلْم الشهود بالوجه الذي باع لأجله، فإن لم يذكر ذلك فالعقد صحيح، لأن فعل الوصي محمول على النظر والجوازِ حتى يثبت خلافه. وهذا ذِكره في بيْع العقار، وهو نص في المسألة. قاله وكتبه الحسن بن رحّال المعداني لطف الله تعالى به. (هـ).

وسئل الشيخ التسولي عن امرأة شهِد برشدها أربعة عدول ساكنين بحومة وهي في أخرى بعيدة، وليسوا من أقاربها.

فأجاب : الحمد لله، قال في الطّرَر : واختبار رشد اليتيم يكون بدخوله الأسواق ومخالطةِ الناس حتى يرى أشْريَتَهُم وبيوعهم فيعرف رشده. بأن ينكر على المغبون ويغبط الحافظ لماله ويصوب فعله. (هـ). ونقله في الشامل. وعليه فحيث كانت المرأة من ذوات الستر والحجاب ولا يعلم بينها وبين شهود الترشيد مخالطة

فشهادتهم ساقطة، إذ لا بد أن يكون مستند علمهم دخولها الأسواق الى آخر...الخ: ما ذكره في الطرر، والله أعلم. (هـ).

الحمد لله، قال في الوثائق المجموعة ما نصه : وينبغي أن يستكثر من الشهود في وثيقة الترشيد، العدولُ وغيرهم، لتظهر استفادة رشده، قال : وعلَى هذا العملُ. (هـ). فانظر قوله، العدول وغيرهم فإنه صريح في أنه لا يكتفَى بالعدول، على أن الشهود أعلاه لم يبينوا مستند علمهم في الاستفسار وهو أمر لابُدَّ منه، كما في اللاّمية وغيرها. وفي المتيطية عن مطرف ما نصه : ولا يجوز في هذا إلا شهادة الأقارب والجيران، ومن يرى أنه يعلم ذلك، وبه عمل قضاة المدينة. (هـ). وبه يعلم ما أشير إليه في السؤال من الاستبعاد، والله أعلم. وكتب موافقا على ما رسم أعلاه عبد ربه محمد بن ابراهيم لطف الله به آمين.

وسئلت عن محجور كانت له أم هي المقدمة عليه فماتت، ولهذا المحجور ثلاثة أرباع في دار، وزينةُ حانوت أيضا بقالية وهو متزوج، فوكل زوجته وكالة مفوّضة، فباعت زينة الحانوت المذكورة بأربع عشرة مائةِ مثقال، اقتطع المشتري منها خمسمائة مثقال ذكر أنه كان أسلفها لأم المحجور المذكور، واعترفت الزوجة المذكورة أنها توصلت بتسعمائة مثقال الباقية، فقدم القاضي على هذا المحجور رجلا وفسخ بيع الزينة المذكورة لأمور ذكرها، فطلب المشتري من هذا المقدّمِ الثمن الذي زعم أنه خرج من يديه فأنكره المقدّم وقال : إن المحجور لم يصله شيء من الثمن المذكور، فقيدا المقال أولا، فقال المشتري فيه : إنه كان اشترى الزينة المذكورة من أم المحجور المذكور، فكلفه القاضي بإثبات الشراء من الأم فعجز ثم أتى بإثني عشر من اللفيف يشهدون بأن هذا المحجور كان وكل زوجته على البيع وباعت الزينة وقبضت الثمن عدا خمسمائة مثقال اقتطعها المشتري في دين أمه (أي أم المحجور)، وأنهم سمعوا من أم المحجور الهالكة أنها كانت قيد حياتها تسلفت من هذا المشتري خمسمائة مثقال وصرفتها على حيط الدار التي للهالك، وسمعوا أيضا من الزوجة المذكورة أنها صرفت على حيط آخر من الدار المذكورة خمسمائة مثقال وأنفقت الباقيَ على المحجور في مأكول ومشروب وغير ذلك،

وشهدوا أيضا أن المحجور كان وقت الوكالة يتصرف تصرف الرشداء.

فكتبت في ذلك ما نصه :

الحمد لله، لا يستحق المشتري الذي هو بوبكر ابن محمد السّوسي ببينة اللفيف الشاهدة له بالوكالة والشراء شيئا على المحجور الذي هو بلال المذكور من الثمن المذكور لأمور :

أولها، أنه (أي بوبكر المذكور) كذَّب هذه البينة الشاهدة له بالشراء من زوجة المحجور حيث قال في جواب تقييد المقال الأول : إنه كان اشترى الزينة من أم المحجور بما بيدها من التقديم عليه، وكان قاصّهَا من الثمن بخمسمائة مثقال ثم ماتت وأدى بقية الثمن لزوجة المحجور ورسوم ذلك بيده، فالبينة شهدت بالشراء من زوجة المحجور وهو ناقضها، وأقر أن شراءه كان من أم المحجور. ومن المقرر عند الأئمة أن من كذَّب بينة لا ينتفع بها. قال ابن الهندي : من كذب بينته فقد أسقطها، ومن أوجب له سماعها بعد تكذيبه إياها فقد فتح باب التعنيت والتشغيب وأعان عليه. (هـ)، نَقَلَه المواق وغيره. ونقل ابن يونس عن أشهب أن من اختلفت دعواه بأمر بين فلا شيء له. هذا قول مالك. (هـ). وذكر شراح التحفة أن التناقض من مبطلات الرسوم، وذكره أيضا شراح الزقاقية.

ومنها أن بوبكر المذكور ادَّعى أولا الشراء من الأم وكُلِّف بإثباته فعجز، ثم انتقل لهذه الدعوى، واستظهر بهذا الرسم، فلا يقبل لما ذكره ابن عرضون. ففي أول نوازل العلمي بعد نحو ورقتين منه عن والده أبي مهدي سيدي عيسى بن علي الشريف العلمي جوابا عمن عجز في دعوى وانتقل لأخرى ما نصه :

سئل الإمام شيخ شيوخنا سيدي محمد بن عرضون متعنا الله برضاه عمن استظهر برسم ثم أعطى نسخة منه فأبطلت ثم استظهر بآخر.

فأجاب : الرسم الثاني مسراب، لأنه انتقال من دعوى لأخرى، ولو أُبيح الانتقال من دعوى لدعوى لما انقطعت حجة الْمُلِدّين ولم يعدم تشاجر بين المؤمنين. (هـ).

ومنها على تقرير أن هذه الشهادة سألته مما ذكرنا، فقد ذكر الحطّاب وغيره أن وكالة المحجور عليه في البيع والشراء لا تصح باتفاق، وإن كان جرى العمل بتوكيل المحجور على طلب حقوقه كلها كما في المعيار وشراح التحفة ونظم العمل الفاسي وشرحه. لكن قال الحطّاب بعد نُقول في شرح المختصر : وأما توكيله على البيع والشراء فلا يجوز، ولم أر فيه خلافا بعد البحث عنه إلا ما يؤخذ من مسألة العتق. (هـ).

ومنها ما في هذه الشهادة من الاستبعاد والتهمة وقرابة الشهود للشهود له، إذ كيف يمكن عادة تلقي هؤلاء الاثني عشر من هاتينَ المرأتين ما ذكروه من السلف والبيع واصلاح الدار وغير ذلك. وفي موانع الشهادة من المختصر ما نصه : ولَا إن استُبْعِدِ كبدوي لحضري. قال الشيخ بناني ما نصه : لا يتقيد بهذا (هـ) (أي لا مفهوم لهذا المثال)، وإنما المدار على الاستبعاد وهو موجود هنا، وقد ذكر حامله أن واحدا منهم قُبِض في السرقة وهو الآن في السجن، وهو يوضح ما ذكرناه. وفي نظم العمليات ما نصه :

لا بد في الشهود في اللفيف   من سِتر حالهم على المعروف

وقال الشيخ ميارة في شرح الزقاق ما نصه : والسلامة من التهمة شرط في قبولهم، كما أن وجود التهمة مانع منه. (هـ). وأما الشهادة بأنه يتصرف تصرف الرشداء فلا تصح أيضا لوجوه :

أحدها، أنها مجملة حتى تفسَّر بأنه حافظ لماله، ضابطٌ له، عارف له بتنميته ممن لا يخدع في بيع ولا ابتياع، وإنما تقبل هكذا لجملة من أهل العلم، كما قال في الزقاقية : شهادة إعتاق ورشد وضده، إلى قوله : تفسر إلا من ذوي العلم فاقبلا.

ثانيها، على تسليم أنها مفسّرة، لا يكفي اثني عشر من اللفيف في الترشيد، لقول صاحب العمل :

وقدره في الغالب اثنا عشر   وزد لكالرشد وضد أكثر

قال شارحه : وأما قوله وزد لكالرشد..الخ، فالمراد به أن قدر اللفيف في الترشيد والتسفيه يزيد على اثني عشر، وتقدم فيما نقلناه عن شرح الناظم أن العادة جرت بالاكتفاء بستة عشر إلى عشرين، ولا حد لِأكثره. (هـ).

ثالثها، إن هؤلاء الشهود ليسوا من الجيران لهذا المحجور وهو شرط إن وجد، قاله الشيخ أبو علي في حاشية التحفة، ونقله العلامة سيدي بناني في حواشيه، وفيها أيضا ما تقدم من التهمة والغرابة وغير ذلك والله أعلم. قاله وكتبه المهدي العمراني لطف الله به.

وسئل الشيخ الرهوني رضي الله عنه عن نازلة وردت عليه ليتصفح رسومها بعد أن كان حكم فيها كما سيأتي نص ذلك.

الحمد لله، نسخة رسم يعرف شهيداه:السيدة آمنة بيت أحمد اليوسفي أتم وجوه المعرفة وأكملها، ومعها يشهدان بأنها الحاضنة على أولادها الصبيان : السيد الهاشمي بن الطاهر بن عثمان الحسني، وعائشة، وفاطمة بنتي الطاهر المذكور، وأنهم أيتام محجورون لا وصيّ لهم من أب ولا مقدَّمَ من قاض، وأنهم في غاية الاحتياج لما ينفقونه على أنفسهم في القُوتِ الذي لا بد منه لأجل مَسْغَبَةٍ تاريخه، وشدتها العظيمة أزالها الله تعالى وأعقبها لعباده بالرحمة والرخاء، وأن أولى ما يباع عليهم لأجل ذلك قطعة من الأرض بيضاء في جوار مسجد بني خالد وكتامة وعلي بن أحمد، وشهرتها كافية، فسوقتها الحاضنة المذكورة وولدها السيد محمد بن الطاهر المالك أمر نفسه أكثر من ثلاث جمعات، وأنشرت في مضار الزيادة فلم يَبْقَ زائد فيها على مشتريها السيد محمد بن عبد الرحمان ابراروا وهو آخر زائد فيها، فلما رأت الأم المذكورة وولدها السيد محمد بن الطاهر المالك أمر نفسه أن ثمانين أوقية هي أقصى ما تبلغه الأرض المذكورة في هذه السنة، وأن ذلك سِداد في حق المحاجير المذكورين لبلوغ الزرع في هذه السنة غاية لا تحملها النفوس وهي اثنا عشر أوقية للمُدِّ، بَتَّلَتْ حينئذ البيعَ الصحيح الناجز الصريح للسيد عبد الرحمان المذكور في البلاد المذكورة بالثمَن الذي وقفت به الزيادة فيه عليه، وهي ثمانون أوقية دراهم سكة تاريخه،قبضها السيد محمد وأمه المذكورة، وأبرأ المشتري منها أتم إبراء،

وتملك مشتراه كذي مال في ماله، والملك الصحيح في ملكه، وبعد النظر والتقليب والرضى كما يجب وعلى السنة، والمرجع بالدرك، عرفوا قدره، شهد به عليهم من يعلم صحة الحضانة ممَّن ذكر لمن ذُكِرَ، وأن ذلك هُوَ أولى ما يباع عليهم في ذلك، وعلِمَ الإنشاد والتسويق والسداد واليتم والإهمال والاحتياج، والبائع، والمشتري بأكمله، وعرف بالمحاجير والمشتري المذكورين كمعرفة غيرهم، وبتاريخ أواخر ذي القعدة الحرام سنة أربع وتسعين ومائة وألف، علي الحراق الحسني وفقه الله بمنه ومحمد المساري وفقه الله، وبعده، بخط من يجب أعلم بأعماله، عبد ربه عبد الوهاب بن الراضي بن عبد الوهاب لطف الله به. انتهت.

وبعده الحمد لله، يعرف من يقع شكله عقبه السيد الهاشمي وفاطمة وعائشة أولاد الصابر لعفو الله تعالى السيد الطاهر بن عثمان المذكور أعلاه معرفة العين والاسم، ويشهد مع ذلك أنه حين بيعت القطعة من الأرض المحدودة حيث أشير كان لهم مع من شاركهم في الإرث في أبيهم مما خلّفه والدهم المذكور دار وأشجار الزيتون بمدشر بني خالد من قبيلة سريف وأرضون وجنانين بمزارع المدشر المذكور وغَنَمٌ وبقر وفرسٌ أنثى يسرح، ويحرثون بثور مع أولاد عمهم في بعض السنين وفي بعضها مع أناس بِمن عاين ما ذكر وقت تاريخ البيع وقبله وبعده، قيده الآن شاهداً به في العشرين الأواخر من ربيع الأول النبوي الشريف عام ستة ومائتين وألف فُلان وفُلان. الحمد لله أديا فثبت وأعلم به فُلان. وبعده، الحمد لله، يعرف شهيداه السيد الطاهر المذكور أعلاه قبل وفاته، كان بيده وعلى ملكه أنعام وحيوان وعروض وحرث، ومات وترك ذلك لورثته وهم : زوجه آمنة المذكورة أعلاه، وولداه منها المذكوران المعروفان عند شهيديه مثلَ المعرفة المذكورة، وبقي نتاج ذلك الأنعام والحيوان والحرث بيدهم إلى الآن، كل ذلك في علمهما وصحة يقينهما يحقان ذلك ولا يشكان فيه، ومستند علمهما في ذلك المجاورة، وعلى ذلك قيدت شهادتهما لسائلها، وفي تاريخ ربيع الثاني سنة ستة ومائتين وألف. وبعده بعد ترك شيء من البياض، الحمد لله، أَجَّلَ الفقيه الأجَلُّ البركةُ قاضي القصر وحوزه، الأَجَلَ المنصرم الذي لا أجل بعده، ولا تلومَ، فإن أتى بما ينفعه عمِل به، وإلا كان ما توجبه الشريعة وشهد، وبعده بعد ان ترك شيئا من البياض ما نصه :

الحمد لله، إذا أعذر للمشتري حوله في الشاهدين ولم يجد من فعاله، فللمحاجير رد البيع بالاستحقاق، ونصيب غيرهم بالشفعة، وقول شاهدي الشراء أن الأرض المذكورة أولى ما يباع عليهم إن كان مع علمهما بالبقر والغنم والفرس وما ذكر معها، فلا يخفى على منصف ما في ذلك وإن كان مع عدم علمهما بذلك، فمَن اثبته مقدَّم على من نفاه، ولا سيَما والمثبِتان أشد اطلاعا على أحوالهم من النافين، وهذا أمر جلي، والله سبحانه أعلم. (هـ).

الحمد لله، ما سطر أعلاه صحيح، هذا إن لم يملك واحد من المحاجير أمر نفسه ويسكت، وإلا فسكوته الأمدَ الطويل من يومِ رشده مع علمه بالبيع موجِب لإمضاء البيع، فإن كان البعض منهم غير مالك لأمر نفسه أخذ نصيبه بالاستحقاق ونصيبَ غيره بالشفعة إن عجز المشتري عن الطعن في البينة حوله، الشاهدة بيسر المحاجير وقت بيع الأم وعدمِ احتياجهم، ولا شك أنها مقدمة على من شهدت بفاقتهم كما سطر أعلاه، والله تعالى أعلم. وكتب ملحقا مع علمه بالبيع عبد الله تعالى محمد بن محمد المصمودي الحسني، وبعده، لكن ما أحسنَ الكاغيط بلَا اسوِداد وعدم المِداد، أو تفكر الرجوع إلى الله والمئاب، أو تقوى العزيز الوهاب.

الحمد لله، لا حجة للقائمين بالرسمين حوله فيما بيع عليهم في نفقتهم زمن المسغبة، ولا فائدة في ثبوت أنهم كان لهم حيوان لأن البقر والغنم والبهيمة كان في اقتنائها أو ملكها حينئذ مصلحة رائجة لكثرة حاجة الناس في حلبها أكثر من الأرض التي لا نفع فيها، إذ لو بيع عليهم كسب الحليب حينئذ لضاعوا ولا تفكهم قيمتها من الجوع. وما في ابن هارون وغيره، ونقله المواق من أن العقار الذي لليتيم وأصوله لايباع إلا إن عدمت العروض والحيوانات هو لأجل المصلحة الراجحة ودفع المضرة المرجوحة، وحيث ذكر شهيدا البيع أن أولى ما يباع هو الأرض حوله انتفت العلة، ولا قيام للمحاجير المبيع عليهم حوله في نقض البيع والبحث فيه بعد طول الاشتراء ومدة حوز المبيع على عينهم وعلمهم وسكوتهم أكثر من سنة بعد رشدهم، لأن من بيع عليه ماله وهو حاضر عالم ساكت فلا

قيام له بعد السنة كما هو المنصوص، ونقله شروح المختصر وغيرهم، فكيف يمكن للرشيد الآن من البحث فيما بيع عليه وسكت بعد الرشد عنه أكثر من سنة وهو عالم به، فلا قيام لهم فيه ولو كان البيع فاسدا من أصله لعدم ثبوت موجباته، فيلزمهم بالسكوت بعد الرشد قولا واحدا، ولا عذر لهم بأنهم كان لهم مال والشهادة بالعروض والحيوان لا تجوز إلا على عَينها. قال في التحفة : وماله عين عليها يشهد الخ.. وفي الشهادة حوله إجمال وإرسال فلا عبرة بها، والله أعلم. وكتبه عبد ربه محمد بن عتاب وفقه الله.

الحمد لله، رسم البيع أعلاه صحيح، وحيث جاز عليه أكثر من ستة أشهر فلا استفسار فيه لشهيديه، كما صرح به الشيخ ميّارة في شرحه على لامية الزقاق. وحيث كان الاستفسار ممنوعا في هذه المدة، فلا عبرةَ بما قاله الشهود بَعْدَ هذه المدة، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بما قاله هؤلاء الشهود عند الاستفسار ويجب إلغاء قولهم. قال الشيخ ميّارة، المشار له : وإنما يباح له الاستفسار إذا كان داخل الستة أشهر أيضا، ولا يباح فيما زاد عليها، هذه طريقة فاس وأقطارها، وربما يقع ما يخالف شيئا من ذلك بحسب الزمن والمكان. (هـ) محل الحاجة منه. وما ثبت بالملتصَق حوله فيه إجمال ظاهر لا يخفى على من نظره وتأمله، منها بالرسم الأول بقر وغنم، هل كانت سوداء أو بيضاء، وما عددها، وقوله مع من شاركهم في ذلك لم يدْرِ القدر المشهود به من ذلك ما هو، هل شاة أو أكثر أو أقل، وكذلك البقر. وقوله كان يحرث بثور، هل كان نصيبُه من حراثته نصْفاً أو ثلثاً أو خمُساً أو كله لهم، أم كيف الأمر على تقدير صحة الرسميْن، فذلك كله لا ينافي الاحتياج عند المسْغبة العظيمة أعاذنا الله منها، وهذا حاصل ما يظهر عند نصوص الأئمة في هذا المعنى، والله أعلم. قاله وكتبه محمد بن عتاب وفقه الله.

الحمد لله، البيع على المحجورتين وقعَ لحاجة، وإذا كان يحصل لهما الانتفاع بغلة الحيوان الذي كان لهما وقت البيع، فلأي حاجة بيع عليهما رَبْعُهما، وأي منفعة حصلت لهما في بيعه، فَمَا اخترعه المجيب الأول في صحة البيع عليهما حجة في عدم لزومه، وما نفى فائدة ثبوته عاد توجيه كلامه عليه وصار حجة

عليه في انتفاعهما بغلة حيوانهما، مع أن الفقه المنصوص في المعيار وغيره الذي لا غبار عليه : أن أولى ما يباع على المحجور حيوانه وعروضه، ولا علة في جوابه توهنه. وما قاله المجيب الثاني من عدم الاستفسار بعد مضي ستة أشهر من أداء الشاهد شهادته خلاف ما للونشريسي من أنه لا بد من الاستفسار ولو بعض مضي ستة أشهر. وقال شيخ الاسلام ميّارة مَحا الله ذنوبه وأوزاره : ما قاله الشيخ الونشريسي هو الظاهر، والله أعلم. والعدل المبرز والمتوسط فيه سواء، كما قال ابن رشد والمتيطي وغيرهما، وما قيد أعلاه من عدم لزوم البيع في حق المحجورتين، ويحملان على عدم العلم بعد رشدهما هو الصواب، والله أعلم. وكتبه عبد الله سبحانه فُلان بن فُلان.

الحمد لله، المقيد أعلاه برد البيع الواقع على المحجورتين لثبوت ما يرده من كونه لهما ما هو أولى بالبيع من أصولهما وقت البيع، صحيحٌ. وما قاله المجيب الأول وسوَّد به الكاغيد لا يُلْتَفَتُ إليه، وما قاله الثاني من عدم الاستفسار بعد مضي ستة أشهر هو خلاف الحق.

فقد سئل سيدي علي بن هارون، هل تعطى نسخة في الرسم للاستفسار بعد مضي ثمانية أعوام وعشرة أم لا ؟

فأجاب : تعطى النسخة إذا كان لمن قام عليه البينة عذر من كونه محجورا أو غائبا أو ما أشبه ذلك إلى أن قال : والاستفسار خارج عن الأصول، لقوله تعالى : «ولا يُضَارَّ كاتب ولا شهيد»، وجرى به العمل، لقول عُمر : تُحْدَثُ للناس قضية بقدر ما أحدثوا من الفجور. (هـ) والله تعالى أعلم. وكتب عبديُضَارَّ كاتب ولا شهيد»، وجرى به العمل، لقول عُمر : تُحْدَثُ للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور. (هـ) والله تعالى أعلم. وكتب عبد ربه تعالى فلان، وحوله.

الحمد لله، الشاهدان اللذان شهدا بأن أولى ما يباع على المحاجير هو المشار لا يخلو حالهما : إما أن يكونا عالمين بالبقر والغنم والمعز والفرس الأنثى أو جاهلين، فإن كانا عالمين فأولويتهما عن مخدوش في وجهها، فهلّا باعت الأم بعض

البقر أو بعض الغنم أو نصف الفرس مثلا، وهل احتاطت بعض الاحتياط على عقار محاجيرها، وهلّا نهاها الشاهدان عن فعل هذا، فلا أولوية تظهر مع وجود ما ذكر، وإن كانا جاهلين، فحيث تبين أن ما فعلت الأم كان غير سداد؟ وتعدِّياً، فلمن بقي في الحجر من المحاجير الكلام على عقاره، وتسمع دعواه، وحجته قويَّة، وهذا أولى ما يقال في هذه المسألة إن سلمت أولويته، والله أعلم.

الحمد لله، ما رسم أعلاه من صحة البيع المشار إليه أعلى الملتصق صحيح، فهو لازم للمحاجير المذكورين، ولا سبيلَ لهم إلى فسخه ورده لوقوعه عليهم صفقة من أمهم المشارِكة لهم، فلا يحتاج إلى بيان سبب لأنهُ جبري، فهو أحد الأسباب التي يباع لأجلها جبراً مالُ اليتيم وغيرهِ. وما ذكروه من الشروط، محلُّه إذا بيع نصِيب المحجور وحْدَه استقلالا. على أن المتيطي وصاحب المفيد قالا : إن أولوية البيع على اليتيم ليس شرطَ صحة، فالشهادة المنتسخة لا عبرة بها على فرض صحتها، فكيف وفيها من الإرسال ما لا يخفى، والله أعلم. وكتب أحمد ابن التّاودي بن سودة لطف الله به.

الحمد لله، ما سطر اعلاه من صحة البيع صحيح، والله أعلم. وكتب عبد ربه علي بنُ أويس وفقه الله بمنه، ولطف به.

الحمد لله، البيع المشار إليه أعلاه صحيح، والله سبحانه أعلم. وكتب عبد ربه محمد الهواري لطف الله به.

الحمد لله، المسطر أعلاه يليه صحيح. وكتب موافقا عبد ربه عبد الوهّاب ابن الراضي بن عبد الوهّاب لطف الله به. (هـ).

فأجاب : بما نصه : الحمد لله، ما سطر أعلاه من لزوم البيع للمحاجير، وأنه لا سبيل لهم إلى فسخه ليس كذلك، والاستدلالُ بأنه وقع عليهم صفقةً، وأن بيعَ الصفقة جبري ينتج عكس المقصود ويعود بالضرر على المشتري.

أما كونه بنتج عكس المقصود فإن معنى كون بيع الصفقة جبريا، أنه يجبر على أن يمضيه ويأخذ حصته من الثمن أو يضم حصة مِن باع بما ينُوبُها من

الثمن، وليس معناه أنه يجبر من لم يبع على إمضاء البيع أحبَّ أم كرِه، إذ لا قائِلَ بهذا. قال الشيخ ميّارة : وصورة بيع الصفقة عندنا أن من أراد البيع من الشركاء باع جميع ذلك الشيء المشترك لأجنبي صفقةً واحدة من غير رفع لحاكم ولا إثباتِ شيءٍ مما ذُكِر، ويكتب الموثق في ذلك إشترى فُلان فذَكَرَ الوثيقة، ثم قال : ولا تكتب،وتملك المشتري مشتراه ثم يذهب البائع إلى بقية أشراكه فيلزمهم أحد أمرين : إما أن يضموا ويأخذوا حصة البائع بما نابها من الثمن ويضموها إلى حصصهم أو يكملوا أيْ يضموا للمشتري البيعَ بحسب ما باعه لهم. (هـ). وقال في نظم العمل لسيدي عبد الرحمان الفاسي :

إن ضمَّ أشراكٌ مضى مَنِ اشترى منصرفا من غير عهْدة تُرى
أو كَمَّلُوا البيعَ فإن المشترِي ثمنه يُدْفعُ في ذي الضَّرَرِ

وقال بعده :

واجْبُرْ على المختار من وجهيْن ممتنعا من أحد الأمْرين

ولا يمنع من تخيير من لَّمْ يبع في أحد الأمرين طول الزمان، حيث وقعت الغفلة عن إيقافه على أحد الأمرين، إلا أن يكون من لم يبع حاضرا عالما ساكتا رشيدا بلا عذر، وسكت المدة التي تقطع قيامه، كما صرح به الشيخ ميّارة وناظِمُ العمل المتقدم الذِكر أيضا. ولا مخالف لهذا.

وأما كونه يعود بالضرر على المشتري فلأنه يجب عليه رد الغلة كما قاله من تقدم ذكرهما أيضا، بخلافِ إذا جعلناه من بيع الحاضنة، فإنه إنما يرد الغلة على قول سحنون، والجمهور على خلافه، ولا يقال : لزوم البيع هنا على تسليم أنه من باب بيع الصفقة تسليما جدليا، يؤخذ مما ذكره الشيخ ميّارة في الفرع الخامس من أنه وقع البيع وكان الشريك غائبا، ورفع الأمر إلى القاضي فإنه يمضيه في حقه ولا كلام له إذا قدِم، كان له ما يضم به أم لا، كان الضم مصلحة أم لا، إلا أن يضم غيره ممن حضر فله الدخول معه إذا قدم (هـ)، لأمور :

منها أن مسألة الغائب وقع الرفع فيها للقاضي، فألزمه البيع، ومسألة النزاع

وقع التغافل فيها إلى أن قام من ناب عن المحجور الآن. ومنها أنه على تقدير لو رفع الأمر إلى قاض حين وقوع البيع وأمضاه في حق المحجور، فليس للمقلد أن يفتيَ في ذلك بلزومه له مطلقا إلا بنص في عين النازلة، لأن المقلد حسبه اتّباع النص. ومنها أنه لو سلمنا أنه يقيس فلا يصح المقياس هنا قطعا. أما أولا فلأنّ من شرط المقيس عليه أن يكون جاريا على القواعد حسبما تقرر في أصول الفقه، وبيْعُ الصفقة على هذا الوجه مخالِف للقواعد والمنصوص كما أشار إلى ذلك سيدي عبد الواحد الونشريسي بقوله :

ولم يرِدِ نص بها عمَّن مضى وظاهرُ المذهب منعُهَا اقتضى

وقال الشيخ ميارة : بل نصوص المذهب تقتضِي منعها على الوجوه المذكورة المخالفة للنصوص المتقدمة. (هـ). وقال في نظم العمل :

وخالفَ المنصوص بيع الصفقة فلم يؤل لضابط أو ربقة

وأما ثانيا، فإنا لو سلمنا أن المقيس عليه جارٍ على القواعد، موافقٌ للمنصوص، لم نسلم صحة القياس، لظهور الفارق، وذلك أن الغائب إنما أمضى عليه القاضي البيع لأنه حكم توجه عليه لخصمه، وإذا رفع خصمه ذلك للقاضي لم يسعْه إلا الحكمُ عليه بإمضاء البيع ليرتفع الضرر عن خصمه، أما إذا لم يكن في الضم مصلحة أو جُهِل الحال فواضح، وأما إذا علِمَتْ المصلحة فمن أجل أن الغائب لو كان حاضرا لكان له ترك الضم ولا يتعرض له الحكم، بخلاف المحجور، إذْ لو سلم الأخذ وليس بمصلحة لوجب على القاضي ردُّ فعِله، ولو غفَلَ القاضي عن الرد لكان له هو الرد بعد رشده كما علم، وسيأتي من نصوص الأئمة ما يشهد لذلك، ولأن القاضيَ ليس له التصرف في مال الغائب بالتنهية. أرأيت لو وجبت له شفعة تحققت له فيها المصلحة لم يكن للقاضي الأخذ له بالشفعة، ولوُقِف الأمر إلى أن يقدَّم بخلاف المحجور، لأن المحجور قد تظافرت نصوص الأئمة أنه لا يبيع الوصي أصوله إلا للأسباب المعلومة فكيف بالقاضي. فتحصل أنا إذا جعلنا المسألة من باب بيع الصفقة تسليما جدليا، فللمحجور الضم في مسألتنا باتفاق، ويرد المشتري للمحجُور ما ينوبه من الغلة. وأما قوله : وما ذكروه من الشروط محله إذا

بيع نصيب المحجور وحده استقلالا، فإن عنَى به أنه في بيع الصفقة كما ذكره أولا فصحيح، لكن قد علمت أن له أن يضم إذا بيع عليه صفقة قولا واحدا، وإن عنَى به كيفمَا وقع البيع فليس كما قال لتظافر نصوص الأئمة المتقدمين والمتأخرين بخلافه.

قال ابن عرضون في وثائقه بعد أنْ ذكَرَ شروط بيع الحاضنة إذا لم تكن شريكة ما نصه : وإذا كانت الحاضنة شريكة لليتيم، قلت بعد صدر الوثيقة : من فُلانة البائعة عن نفسها وعن بنيها فُلان وفُلان وفلانة، وتمضي على ما سبق ثم تقول بعد التاريخ ممن يعلم صغر اليتيم وأنه مهمل لا وصي عليه من أب ولا مقدِّم من قاض ويعلمونه بحال حاجة وفاقة، وكونه في حضانة البائعة المذكورة، ويعرفونَ السَّداد في الثمن، وأن المبيع أحق ما يباع عليه أو لا يملك غيره. (هـ) منه بلفظه.

وفي أجوبة أبي الحسن وقد سئل عن أم باعتْ بعض ما خلَّفه زوجها عنها وعن بنيه منها وادعت أنها أنفقته على نفسها وعليهم، ما نصه :

القول قول أم الأوْلاد المذكورين فيما باعته من التركة بثمن مثله، ولا تضمن ما باعته مما كان أولى بالبيع من غيره، وإنما للاولاد حظهم من أثمانِ ما باعته، غيرَ أنه يفسخ البيع فيما كان غيره أولى بالبيع، إن كان المبيع قائماً. (هـ). من نوازل الرهن والحِجْر من الدر النثير، وسلمه مؤلفه العلامة ابنُ هِلال. وفي أجوبه أبي الحسن أيضا وقد سئل عن أيتام قاموا على رجل في دويرة لهم، فزعم أنه اشتراها من أمهم البائعة عن نفسها وعنهم ما نصه : بيْعُ الحاضنة إن ضَمَّنَ العدْلُ في شهادته معرفةَ الشروط الستة قضى في ذلك بشهادته مع اليمين، وان لم تتضمن شهادته معرفة ذلك لم يمض إلا بإمضاء من له النظر فيه. (هـ) من الدر النثير. قال مؤلفه العلامة ابن هلال في شرحه ما نصه : والشروط التي أشار إليها الشيخ رحمه الله، ذكر في كتاب القسم من تقييده أنها معرفة الحضانة وصغر المحضون، والحاجة والفاقة وتفاهة المبيع، وأنه أحق ما بيع، ومعرفة السَّداد في الثمن. قلت : أعرفه لابنَ العطار، وأظنه نقل عن الشعبي في أحكامه أنه إذا قيم على المبتاع فعليه إثبات الحاجة والحضانة وسداد الثمن، وأنه أنفق عليهم في مصالحهم وليس له مال غيره

أو هو أحق ما يباع عليهم من عقارهم فتقطع الحجة عنهم. (هـ) من الدر النثير بلفظه. وما نسبه لأبي الحسن في كتاب القسْم من تقييده مثله، ذكره في كتاب الشفعة عند قول المدونة : وهِبة الوصي لشِقْصٍ يتيمه كالبيع لرَبْعه لا يجوز ذلك إلا لنظر، وسيأتي نصه إن شاء الله، فقد وقع في مسألتي أبي الحسن البيعُ عن نفسها وعن أولادها، ومع ذلك قال : لا بد من إثبات الشروط.

وفي نوازل الوصايا والحجر من المعيار من جواب لأبي ابراهيم اسحاق بن ابراهيم، وقد سئل عن أم باعت دارا عن نفسها وعن بنيها من جوع مفرِطٍ واحتياج وضرورة ما نصه : إن أثبت هذا المشتري أن الصبيَّ كان في حضانة أمه وأنه محتاج يومَ باعت عليه الأم نصيبَه من هذه الدار وأن البيع كان بيعَ غبطة وسداد فلا قيام لهُ، وإن لم يثبت ذلك وجب له نصيبه واستشفع نصيب أمه.

وفي أجوبة أبي الحسن أيضا وقد سئل عن أب باع جنانا مشتركا بينه وبين ابنته من رجل، وشهد على البنت أنها سلمت ثم ثبت أنها لم تكن إذ ذاك خرجت عن ولايته، وأنه باع لغير مصلحة.

فأجاب بما نص المحتاج إليه منه : وإذا تقرر هذا فللمسلمة نقض البيع في حصتها وأخذ سائر المبيع بالشفعة إذا قامت بقرب خروجها من حِجْر أبيها بأقل من العام. (هـ) منها بلفظها، وسلمه في الدر النثير أيضا، وهذا صريح في أنه لا بد من النظر ولو بيع ماله معَ مال غيره، ولا سِيَمَا والبائعُ هنا الأب، فكيف ببيع الحاضنة التي من جملة الأقوال فيها قول مالك : لا تبيع مطلقا إلا بأمر القاضي. وما دلت عليه هذه النصوص كلها من أن الشروط لا بد منها في بيع ماله وحده أو مع غيره، منقولٌ عن مالك نصا. ففي طرر ابن عاتٍ ما نصه : الأبهري عن مالك : من هَلَكَ من غير وصية وترك ابنين كبيرين وصغيرا، فباع الكبيران في دَيْنٍ زعموه على أبيهما من ماله، ثم بلغ الصغير فأنكر، ثم دُعُوا بالبينة على الدين فلم يأتوا بها، إن الغلام يأخذ ما بيع لأنه على ملكه، ويتبع المشتري اللذيْن باعا له لتعدِّيهما في قبض ما ليس لهما، إذ لا يجوز لأحد أن يبيع على صغير إلا أب أو وصي أو حاكم. قال : وإن كتب عليه كتاباً يوم البيع برضاه فلا شيء عليهِ لأن

رضاه في حال الصغر ليس برضى، وكذلك رضى السفيه في حال سفهه. ومثله لابن نافع عن مالك حرفا حرفا : المشاور له القيام مدة من عشرة أعوام من وقت بلوغه وإن علم بالبيع لأنه من وجه الاستحقاق. (هـ) محل الْحَاجة منه بلفظه. ثم نقل عن ابن حبيب مثل ما نقله عن المشاور، وفي المجالس مثل ما تقدم عن أبي الحسن : إن سكت العامَ مضى، ومثله في ابن سلمون سواء، وكلامهم كله يدل على ما قلناه. وفي نقل القليل منه كفاية لمن أنصَف، فكيف بجميعه، والله أعلم.

وأما قوله على أن المتيطي وصاحب المفيد قالا : إن أولوية البيع على اليتيم ليس شرط صحة، فغير معَوَّل عليه. أما أولا، فإنا لو سلمنا صحة ما نسبه للمتيطي والمفيد، لوجب طرح ذلك والتعديل على شرطيته لاقتصار أبي المودة خليل عليه حيث قال : وبيع بثبوت يتمه وإهماله وملكه لما بيع وأنه الأولى...الخ، وسلم له ذلك الأئمة الأعلام كالمواق وابن غازي والحطاب والشيخ سالم والتتائي والأجهوري وأتباعه، والشيخ مصطفى وشيخنا شيخ الجماعة أبو عبد الله بن سودة أطال الله بقاءه، والعلامة سيدي محمد بناني، وشيخنا العلامة المحقق أبو عبد الله سيدي محمد الجنوي وغيرهم من شيوخنا. فلو لم يرد في المسألة إلا نص المختصَر هذا مع تسليم من ذكرنا لوجب الوقوف عنده، كيف وقد نص الجم الغفير من أهْلِ الوثائق والأحكام على ما قاله هذا العلامة الهمام. قال ابن سلمون ما نصه : عقد. باع فُلان عن اليتيم فُلانِ الكائن في حضانته وكفالته، ثم قال بعد تمامها، وتضمّن العقد ممن يعرف صِغر الابن وحاجتَه، وأنه لا وصي عليه، والمبيع أولى ما يباع عليه والسداد. (هـ) منه بلفظه. وفي وثائق الغرناطي ما نصه : وتضمّن في بيع الحاضر معرفة الحضانة والحاجة وتفاهة المبيع وأنه أحق ما يباع عليه والسداد في الثمن وأنه عشرون دينارا فأقل. (هـ) منه بلفظه. وقال الفشتالي في وثائقه بعد أن ذكر وثيقة بيع الحاضر ما نصه : ويقول بعد التاريخ : ممن يعرف صغر اليتيم، وأنه مهمَل لا وصي له من أب ولا مقدَّمَ من قاض، ويعرفونه بحال حاجة وفاقة، وكَوْنَه في حضانة البائع المذكور، ويعرفون السَّداد في الثمن، وأن المبيع أحق ما بيع عليه أو ما يملك غيره. (هـ) منها بلفظها. وفي طرر ابن عاتٍ ما نصه : وأن المبيع المذكور في هذا الكتاب أحق ما يباع عليها. (هـ) منها بلفظها.

وقال في التقييد عند نص المدونة ما نصه : قال الغرناطي : وتضمن في بيع الوصي معرفَة الايصاء وبأي وجه كان..الخ، كلامه. وفي التوضيح وسياقه أنه عن ابن العطار : وأما القاضي فله أن يبيع على اليتيم إذا ثبت عنده يتمه وإهماله ومِلكه لما بيع عليه، وأنه لا شيءً عنده يباع غير ذلك أو أنه أولى ما بيع عليه. (هـ) منه بلفظه. وانظر بقية كلامه، وقد نقله الشيخ ميارة في شرح التحفة مقتصِرا عليه مسلما له. وقال ابن عرفة بعد أن ذكر الخلاف في بيع الحاضن ما نصه : وشرطُه في الجميعِ ثبوتُ الحضانة وسَداد البيع، وأنه أولَى ما يباع عليه. (هـ) منه بلفظه. فهذا ابن عرفة مع سَعة حفظه وشدة اعتنائه بنقل الأقوال الغريبة لم يذكر في هذا الشرط خلافا. وفي نوازل الوصايا والحِجْر من المعيار أثناء جواب أبي الحسن ما نصه : ومنهَا أنه باع أنفَس الملك. (هـ). فأوجدت من كلام الرهوني وقد ضاع بعضه. قلت : الصواب ما قالوه من إمضاء البيع. وأما الاحتجاج على عدم المضي بتلك النصوص فغير ظاهر، إذ ليس في شيء منها أن البيع وقع صفقة، ولا أن البائع اتحد مدخلُه فيها مع من باع عليه، إذ غاية ما فيها أن الأم أو غيرها إذا باعت عنها وعن أولادها، فلا بد من الشروط، وليس فيه تعرض لاتحاد المدخل، فتأمله بإنصاف، واللهُ أعلم.

وسئلت عن مسألة تفهم من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله، تمكن المحجورة حوله من نسخة زِمام متروكِ والدِها ومن نسخة رسوم الأصول المحبسة لتطلع على ما تملكه وتعرف قدره، ولا وجه لمنعها من ذلك، لأن الحجر عليها إنما هو في تصرفها في مالها بالبيع والشراء والقبض والدفع ونحو ذلك، وأما اطِّلاعها على مالها فلا حجر عليها فيه أصلا، فبأي شيء تمنع منه، وأيضا فمن الجائز أن يموت الوصي أو يغيب، ولا يوجَدُ زمام التركة فيضيع عليها مالها. فمن الحزم أن تؤخذ منه نسخة وتبقى بيد زوجها إلى رشدها. وقد قال الإمام العقباني في جواب له ما نصه : وله (أي السفيه) طلب حقوقه والبحث عليها والوكالة على ذلك، لا سيما إن كان امرأة. (هـ). وأيضا فإن أخذ النسخة من المتروك والحبس هو حق لها لما فيه من المنفعة لها كما بيناه. وقد جرى العمل بأن

المحجور يطلب حقوقه عند من كانت ويخاصم فيه بنفسه ويوكل على قبضها. قال اليزناسني ما نصه : ومن التسجيلات للمازري قال جماعة : للسفيه طلب حقوقه بمحضر وصيه وفي مغيبه والخصام فيها وليس له أن يوكل غيره. وقال ابن زِرْب : له أن يوكل كما له أن يطلب وبه جرى العمل. (هـ). ونظمه صاحب العمل الفاسي فقال :

وطلَبُ الحق بتوكيل لمن حضَر أو غاب وصيه فَمن

وليست هذه المسألة من الخِلاف الذي بين ابن رشد وابن الحاج المذكور في ابن سلمون والتبصرة وغيرهما، وهو : هل يكشِف الوصي عما بيده من مال المحجور أم لا، إذ موضع هذا فيمن قام على الوصي محتسِبا أو يصير في المستقبل وارثا، والكلام هنا فيمن هو مالك بالفعل الآن وهو المحجور فهو أقوى منهما قطعا، فكيف يمنع من الاطلاع على ماله المملوك له أو من أخذ نسخ رسومه، وهذا ظاهر جدا والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد بن الخضِر الحسني العمراني لطف الله به.

وسئل أبو زيد الحائك عن بيع على محجورة دُعِيَ شركاؤها للبيع صفقة بعد إثبات الموجِبات.

فأجاب : إنه صحيح لأنه جبري بطلب من شاركَها كما فيما لا ينقسم، ولا مال لها تضم به صفقة البيع كما في وثيقة البيع، سِيَما والدارُ محتاجة لإصلاح كثير، والمحجورة فارغة اليد وقتئذ لا للضم ولا للاصلاح قبله، فباع لذلك من شارك، والأم عنها وعن محجورتها المذكورة، ووافق على ذلك من يجب بعد ثبوت ما أوجبه الشرع لديه وهو مصدّق فيه، ودواعي الحال تنبىء عنه، وكل ذلك منصوص عليه في الدر النثير وغيره. وفي المعيار عن بعض رجاله ما يقوي صحة هذا البيع، وكذا في شرح اللامية للشيخ بناني، بل فيه أن السداد في الثمن هنا غير معتبر. قال : وإنما اشترط فيما بيع من حصة اليتيم مفردة لحاجةٍ من نفقة ونحوها كما هو مفاد التوضيح وغيره. (هـ). وفي المعيار وأجوبة الفاسي وغيرهما عن ابن رشد عند التعارض تقديمُ بينة السداد. وبالجملة، فالبيع صحيح، كما ذكرنا لما

ذكرنا. وفي قول المتن : أو لإرادة شريكه بيْعاً، ولا مال له، دلالة عليه واضحة، والله الموفق لاتِّباع هداه.

وسئل أيضا عن آب جرد الحِجر على بنته فمات.

فأجاب : أنه إن جرد عليها الحجر في وقت يجوز له التحجير فيه، فإن حُكْمَ الحجر باق عليها حتى تنطلق منه على ما انعقدت به الفتوى من الشيوخ، وجرى به عمل القضاة في المحجور يموت وليه قبل ترشيده إياه كما في المعيار عن سيدي مصباح ونحُوه في الحطاب عن البرزلي، وبه أفتى سيدي عبد القادر الفاسي، وعليه صاحب العمل المطلق، وهو الموافق لما لابن سلمون عن الاستغناء والله الموفق.

وسئلَ أيضا عن تصحيح قول غيره : إنَّ ذات الأب حيث جهل حالها لا تخرج إلا بسبعة أعوام كما في التحفة وغيرها، وأنه إن مات أبوها قبل تمامها فهي محجورٌ عليها، على ما أفاد ابن سلمون ترجيحَه.

فأجاب : المذكور أنَّ ذات الأب لا تخرج إلا بما ذكر فيه صحيح، به جرى العمل كما لابن رشد وابن عرفة وابن سلمون، ونقله غير واحد من الأئمة، ويُعْزَى هذا القول لابن القاسم، ونقلَه المفيدُ عن الباجي، وقال : عليه مضى عمل الشيوخ، وما نظمه ناظم عمل فاس من أنها تخرج بمضي عامين من دخول الزوج هو قول ابن نافع. قال شارحه القاضي العميري : ولم أقف على من قال : جرى العمل بهذا القول، لكن قال ابن رشد : هي رواية أغفلها الشيوخ المتقدمون وحكموا برواية شاذة منسوبة إلى ابن القاسم، لا يعلم لها موضِعٌ أنها لا تخرج من ولاية أبيها ويحكم لها بحكم الرشد إلا بمُقَامها مع زوجها سبعةَ أعوام. (هـ). لكن به أفتى صاحب المعيار كما في المسائل الخالدية المذكورة في النكاح، فحيث مات وليها قبل ترشيده إياها فحكم الحجر باق عليها حتى تنطلق منه كما في المعيار وغيره. ونصُّ المقصد المحمود ونحوه في وثائقه : ومن مات أبوه أو وصيه ولم يُدلّ عليه، ففيه ثلاثة أقوال : جواز أفعاله، وردها، وتفصيلها على مقتضى أفعاله، جرى العمل منها بردها وحكمه حكم من هو في ولاية. (هـ).

وسئل أيضا عن تقديم قاض لمقدّم أفتى من أفتى فيه أنه لا بد أن يكون غنيا لقول المتن : وكفاية..

فأجاب : إن التقديم صحيح، واسترعاؤه كذلك آتٍ على نهج ما سطره فيه ابن سلمون والفشتالي وابن عرضون والغرناطي، ولم يشترط أحدٌ فيه فيما علمت ولا في الوصي غِنىً، وقول المتن : «وكفاية» حمله شراحه على القدرة على القيام بالموصى عليه، ونصُّ أبي علي في شرحه في ذلك قوله وكفاية أي متصف بالكفاية فيما جعل له من النظر فيه، واحترز بذلك عن مغَفّل وأبلَه ونحوهما كضعيف العقل، ومن ضعف عقله حجر عليه، وكذا الكفاية في التصرف في الأموال وحفظها، فلا يوصي إلى من لا يقدر على ذلك، وهو واضح كافٍ وافٍ في مسألته، مغبر في وجه حامله على الغنى دون دليل. (هـ).

وسئِل أيضا عن النظر فيما أفتى به غيره في ذات الأب إذا وكلت بموافقة والدِها أنها رشيدة على ما أفتى به اليزناسني المذكور في نكاح المعيار أن بقبول الأب توكيلَها صارت رشيدة.

فأجاب : إنه صحيح. قال اليزناسني : واستدل لذلك بعض المتأخرين بما وقع في سماع أشهب وابن نافع في استحقاق العتبية فيمن باع عليها أبُوها وزوجها أصلْهَا سئلا عن ذلك فقالا : وكلَتْهُمَا وكلت. وأما ابن رشد في تكلمه عليها، فلم يتعرض لهذا الاستدلال وهو صحيح في المعنى كما وقع في المدونة في قوله في فعل المحجورة : إذا أجاز الأب فعلها، قال ابن رشد : مثل أن يقول : هي جائزة الأمور وهو الذي استدل به المتأخرون لذلك الأمر. وقد وقعت في وقتنا وحكم به، هذا فيما يرجع الى المال. (هـ). وبحث في هذه الفتوى بأن قصاراها أن تكون كالتصرف في المال بمرأى من حاجره، وفيه ما في المواق والحطاب وغيرهما، وكنت أجيبه بأن التوكيل من لازمه الرشد، وعليه بنيت هذه الفتوى، وهو فيما يظهر مُسْكِتٌ، فتأمله وقِفْ على كلامهم في وكالته في الحطاب صدر الشركة وغيره.

وسئل أيضا عمن محجُورٍ ناب عنه نائب بالتوكيل عن إذن نائب القاضي، هل يدخل في الولاية بسبب هذا التوكيل أم لا ؟

فأجاب أنه لا يدخل بها الموكل عنه في ولاية لقول صاحب المجالس في التقديم، إذا كان في شيء مخصوص كأن يقسم عليه أو يبيع عليه موضعا أن فيه أربعة أقوال : الأول منها أن لا يدخل بسببه في الولاية وهو المشهور، واختاره ابن سهل. وقال ابن سهل : سألت ابن عتاب عنها فقال : لا يلزمه ذلك التقديم إلا في ذلك الوجه خاصة، وحالُه حال من لم يقدّم عليه، وهذا قول الاشبيلي وابن دحون وهو الصواب، سيما وقد انضاف أنه لم يعتمد على بينة تشهد له بسفهه كما به أجاب غيره، وفيه خلاف مذكور في المتن وغيره. وفي المواق في تاجه عن المتيطي ما نصه : كان بعض الموثقين يلزم القاضي الكشف عن أحياء الشهود الذين ثبت عنده بشهادتهم اليتم واحتياجُه وغير ذلك من الوجوه التي يجب أن تثبت عنده، وكان بعضهم يكتفي أن يقول القاضي : ثبت عندي بمن قبل يتم اليتيم فلان وفلانة (هـ) الى غير ذلك مما قيل، والوكالة خالية عن ذلك كله، والتقديم الذي هو أعلى منها ترى ما فيه. (هـ).

وسئِل كاتبه عن مسألة تظهر من الجواب، ونصه :

الحمد لله، حيث باعت المرأة جميعَ الدار صفقةً واحدة عن نفسها وعن ربيبها الصغير الذي إلى نظر غيرِها من قِبَل الشرع وأمضى مقدمه البيع بعد شهادة عدلين أنه لا مال للصبي يضم له بِه مقدمه، فالبيع صحيح منبرم، ولا تسمع دعوى من ادعى الغبن فيه، لا من المصفقة ولا من المصفق عليه ولا من المحجور بعد رشده. ففي شرح العلامة سيدي محمد بن قاسم الرباطي لعمل فاس إثر قول العمل : والغبن فيها ليس ذا تصور، ما نصه :

قال العلامة سيدي محمد بن الحسن المجّاصي في جواب له عن مسألة حانوت أمضى ولي المحاجير البيع في نصيبهم منها مع الرشداء الذين باعوها صفقة ما نصه : إن النظر في النازلة مقصور على الضم والترك، أما البخس والسَّداد فلا نظر فيه هنا، لأن البيع جبري لإرادة الشريك البيع، وما كان كذلك فلا التفات فيه للسَّداد ولا لعدمه، فإن الناظر مخيّر في الأخذ إنْ رآهُ للغبطة ورُخْص الثمن، أو

التكميل إن لم يره، ومن خُيِّرَ ما غُبِنَ، مع أن الرشداء في الغالب لا يبيعون إلا بعد الاستقصاء، فكفى المحاجيرَ مؤونة الثمن غلاءً ورُخْصا، وقد أشار في التوضيح إلى نحو هذا، وبمثله أجاب القاضي سيدي محمد بن سودة رحمه الله في نظيرتها. (هـ) الغرض منه.

قلت : وبمثله أجاب مفتي فاس في وقته العلامة سيدي محمد بن ابراهيم الدكالي رحمه الله، ونص جوابه : بيع الصفقة لا قيام فيه بالغبن لا من البائع الأول ولا من المبيع عليهم إذا أمضوا ولو كانوا محاجير وأمضى عليهم وليهم. قال ناظم عمل فاس :

والغبـــن فيها ليس ذا تصور لحاصل التخـــيير والتـــخير

فقوله لحاصل التخيير، نص لا فرق في أنه لا فرق بيْنَ البائع الأول وغيره. قال الرباطي : لعل معنى هذا البيت أن الغبن لا يتصور في بيع الصفقة لأجل ما وقع من تخيير البائع الأول لبقية الشركاء في أن يضموا الصفقة أو يبيعوا معه فتخيروا البيع، فبذلك التخيير والتخير تنقطع حجة من قام منهم يوما يدعي الغبن لأن مَن خُيِّرَ ما غُبِنَ. (هـ). وفي حاشية الشيخ علي التسولي على الشيخ التاودي إثر قول اللامية، كالذِي يجري من البيع صفقة ما نصه : وقوله (أي التّاودي) : إذا كان أحد الشركاء غائبا فإن الحاكم يبيع عليه. يعني وكذلك إن كان محجورا، ولا ينظر حينئذ لكونه أولى مما يباع عليه، لأن البيع جبري ولا سدادَ في الثمن، لأن الغبن فيه لا يُتَصور، كما قال ناظم العمل، وفيما قيدناه كفاية، والله أعلم.

وكتبه عبد ربه محمد بن عبد الواحد (أي الادريسي) مفتي الزاوية الزرهونية وفقه الله بمنه آمين.

وسئلتُ عما يظهر من الجواب، ونصّه :

الحمد لله، حيث ثبت بالبينة أن الولد لا قدرة له على نفقة الزوجة لكثرة فراره وعدم حِرفته ولا شغل له الخ، كان إنكاح الوصي محجورتَه إياه غيرَ جائز، بل ممنوع شرعا. قال الزرقاني في شرح المختصر لما قسم النكاح على خمسة أقسام ما

نصه : وكل من قسم المندوب والجائز والمكروه مقيَّدٌ بما إذا لم يوجد موجب تحريم وإلا مُنِعَ كضرر بامرأة بعدم وطء أو نفقة أو كسْب محرم ولو لراغب فيه لم يخش عنه. (هـ). وقال سيدي عمر الفاسي على قول التحفة : وباعتبار الناكح النكاح ... البيت، ما نصه : يريد أن النكاح يختلف حكمه باختلاف حال الشخص، ومن ثم كان معروضا للاحكام الخمسة، فيكون حراما قال ابن بشير على من لم يخف العنَتَ ، وكان يضر بالمرأة لعدم قدرته على الوطء أو على النفقة أو يكتسب من موضع لا يحل. (هـ). وذكره غيرهم أيضا، وعليه فللمشرفة رد فعله.قال القاضي الفشتالي في وثائقه : للمشرف أن ينظر في أفعال الوصي كلها، ولا يتصرف الوصي في شيء إلا بعد علمه ومشورته، فإن فعل شيئا من ذلك من غير علمه نظر في ذلك، ويمضي منه ما كان سدادا أو يرد غيره، فإن أراد أن يرد السَّداد من فعله لم يكن له ذلك، فإن اختلفا في ذلك نظر فيه القاضي. (هـ). وقد تقرر أن كل من ناب عن غيره فهو معزول عن غير المصلحة. وأما شهادة عدلي النكاحِ بأن الزوج كُفْءٌ، فباطلة، لعدم بيانِ مستند علمهما بذلك، وهو أمر لا بد منه. وأيضا فلا بد من استفسارهما له كما قاله غير واحد حتى الشيخ التّاودي في شرح التحفة. ونصه : لا بد من استفسار شهود الكفاءة، كما اختاره العبدوسي وغيره تبعا للمتيطي، لأن الكفاءة تختلف في نظر الناس فلا تقبل مجملة. خلافا للحطاب. (هـ). وأيضا فالذِي يفهم من السياق أن الوصي ما قصد بهذا النكاح إلا اضرار محجورته، إذ كيف يتركها بعد البلوغ أكثر من عشرة أعوام بلا تزوج ويمتنع مِنْ تزويجها كما بالبينة التي بيد وكيلها، ثم لما زوجها أخوها بموافقة المشرفة قام حينئذ يرد نكاحها ويزوجها لولده بصداق أقل مما زوجت به وهو أصغر منها، ولا قدرة له على نفقتها ولا له حرفة ولا شغلٍ ولا يأوي الحاضرة أصلا، فهذا من الضرر بها الموجب لعزله عن نظرها، ثم على تَقْدِير صحة إنكاح هذا الوصي، فأَيْنَ القبول بالقرب من الزوج الذي هو ركن، إذ لو حضر الزوج وادَّعى أنه لم يقبل، فلا يلزمه النكاح فتبقى المرأة معوقة عنه كما كانت قبل هذا الوقت. على أن الذي في المختصر أن الايصاء على المحاجير لا يثبت بشاهد واحد، ولا بد فيه من عدلين لقوله عطفا على مَا لا يثبت إلا بشاهدين : «وايصاء بتصرف...الخ».

وإسناد الايصاء هنا لهذا الوصي إنما هو بعدل واحد، إذ الثاني عزل في حياته عن تعاطي الشهادة، فصارت شهادته ملغاة، إذْ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا، والله أعلم. المهدي لطف الله به.

وسئلت عما يظهر من الجواب ونصه :

الحمد لله، حيث زوجت الوصية محجورتها لابن عمها وثبت بالبينة أن ذلك النكاح فيه سداد ومصلحة لها، وأن الزوج كفء لها بل أكثر منها جاها وغنى، وأن الصداق المبذول لها أكثر من صداق مثلها، ولم يوافق على ذلك المشرفُ وأعذر له القاضي في ذلك بأن طلب منه أن يبين وجه عدم موافقته على ذلك النكاح مع ثبوت مصلحته، فبيّنه بأن الزوج له ولد يغلظ عليه وأنه يضر بنسائه ولا يقدر على الانتصاف منه...الخ، وأثبت الزوج ببينة أنه بريء من جميع ما قاله المشرف المذكور...الخ، تعين الحكمُ بإمضاء النكاح للزوج المذكور لثبوت المصلحة فيه بلا معارض، وتعين إلغاء كلام المشرف المذكور، لتبين أن الزوج بريء مما نسبه إليه، فقد نص غير واحد من الأئمة على أن المشرف لا كلام له مع ثبوت السَّداد، بل يمضي فعل الوصي وإن لم يوافق معه المشرف. ففي الدُّر النثير نقلا عن ابن لب ما نصه : الأمر في التزويج إلى الوصي، ويُطلَب المشرف بالموافقة، وإلا أثبت عند القاضي أن النكاح مصلحة وكفاءة الزوج، وأن النظر تزويجها منه، وإباية المشرف من الموافقة، فيستقل الوصي بالإنكاح دونه. قال : وعلى الوصي مشاورة المشرف في الشراء والبيع، فإذا اشترى أو باع، وقف على إجازة المشرف إلا أن يثبت الوصي السَّداد فيما فعل، فلا قول للمشرف حينئذ، ويستوي حضوره وغيبته. (هـ). وقال الفشتالي في وثائقه : للمشرف أن ينظر في أفعال الوصي كلها، ولا يتصرف الوصي في شيء إلا بعد علمه ومشورته، فإن فعل شيئا من ذلك من غير علمه نظر في ذلك ويمضي منه ما كان سداداً ويرد غيره، فإن أراد أن يرد السَّداد من فعله لم يكن له ذلك، فإن اختلفا في ذلك نظر فيه القاضي. (هـ). ونحوه في ابن سلمون قائلا : وإن أراد أن يرد السَّداد لم يكن له ذلك، ونظره السلطان. (هـ). ونحوه في نوازل نكاح المعيار عن ابن لب، ونصه : إن كان على

الوصي مشرف فلا بد من موافقته، فإن امتنع منها أثبت الوصي حينئذ السَّداد. (هـ). ونحوه في نوازل الزياتي عن ابن لب أيضا. ومثله في نوازل العلمي عن بعض الأندلسيين، ونصه : على الوصي مطالعة المشرف ومشورته في كل شيء يفعله في مال المحجور، لكن الاعتماد على نظر الوصي، وهو العاقد، لما ينعقد على المحجور من العقود. قال ابن رشد : المشاور ليس بوصي ولا ولي ولا إليه من ولاية العقود شيء الخ. ونقله الحطاب في شرح المختصر عن اللباب أيضا، ونصُّه : فإن كان أحدهما مشرفا فله أن يشرف على أفعال الوصي كلها، ولا يفعل شيئا إلا بمعرفته، فإن فعل شيئا بغير علمه مضَى إن كان سدادا وإلا رده، وفي هذا كفاية، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به.

وسئلتُ عمَّن قدمه القاضي على محاجير وجعل عليه مشرفا، فقام أخوَانِ للمحاجير وأثبتا بسبعة من العدول أنهما لا يصلحان لعدم ملائهما وأمانتهما وثقتهما وحزمهما وضبطهما.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت عدم أمانة المقدم والمشرف بجماعة وافرة من العدول كان ذلك مانعا من التقديم شرعا وموجبا لإبدالهما بمن ثبتت أمانته وأهليته وكفايته للمحاجير قطعا، وكتب الموثقين والفقهاء مشحونة باشتراط الأمانة والحزم والضبط في المقدّم. قال ابن سلمون : عقد يعرف شهودُه فُلانا ويعلمونه صغيرا يتيما مهمَلا لا وصي عليه من أب ولا مقدّماً من قاض، وأن أحق الناس وأولَاهم بالتقديم عليه قريبُه فُلان لثقته وأمانته ودينه. وقال العلامة الفشتالي في وثائقه : يعرف شهوده فُلاناً بن فُلان معرفة صحيحة، ويعلمونه يتيما مهمَلا لا وصي عليه من أب ولا مقدما من قاض، وأن أولى من يتقدم عليه فلان لثقته وأمانته وحزمه وضبطه...الخ. وقال ابن عرضون : يعرف شهوده فُلانا، إلى قوله : وأن أولى من يتقدم عليه فلان لثقته وأمانته وحزمِ وضبطه الخ. وقال في المختصر في بيان شروط الوصي ما نصه : «لمكلف مسلم عدل كاف..الخ». ابن عرفة : المراد بالعدالة السِت لا الصفةُ المشترطة في الشهادة، يدل عليه لفظ المدونة. وقال ابن يونس : المراد بالعدالة هنا الأمانة والرضى فيما يصل إليه. التوضيح، نقل بعضهم

عن ابن المواز أنَّهُ قال : لم أرِدْ بالعدالة عدالة الشاهد حتى لا يجوز غيره، ولكن العدالة هي الأمانة والرضى فيما يصير إليه والقوة عليه. (هـ). بنقل المحشي بناني، وعليه فحيث انتفت الأمانة فلا يصح التقديم، لأن الشرط يلزم من عدمه العدم، والله أعلم. والحاصل أنه لا وجه لبقاء مال المحاجير تحت أيدي من ذكر، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

ثم إن هذا المقدم أثبت بجماعة من العدول أنه حازم ضابط، وأتى برجلين شهِدا أنهما ضمناه فيما عسى أن يفوته من مال المحاجير.

فأجبت : الحمد لله، اتفقت كلمة العلماء قاطبةً على أن الوصي على المحاجير لا بد فيه من الأمانة، وعليه فالمقدّم المذكور حيث لم يُثبتها، وإنما أثبت أنه حازم ضابط فقط، بل وثبت عليه أنه غير أمين بجماعة من العدول، فبالضرورة أنه لا يستحق ولاية عليهم، لأنه إذا اشترط في الوصي الذي هو أعلى مرتبة منه وفي الحاضن الذي هو أدنى منه الأمانة كما في المختصَر وغيره، فلأن تشترط في المقدّم بالأحرى أوْ بالمساواة. ومن المعلم أن الشرط يلزم من عدمه العدم. وأيضا إذا كان ذلك يعزله بعد التولية والتقديم، كما قال في المختصر : «وطرُوُّ الفسق» يعزله (أي طرو عدم الأمانة) فيما ولي عليه فيه يوجب عزله، فمن باب أولى أن لا يقدم ابتداء.

والحاصل أن المقدم المذكور حيث ثبت أنه غير أمين، فلا ولاية له لأنه لا يؤمَنُ من عدم ادخاله بعض الحوائج في زمام التركة، وأن يشتري بعشرة مثلًا ويدّعي أن الشراء وقع بعشرين، وأن يخفي بعض الحوائج ويدعي تلفها إلى غير ذلك، وهذا كله مصادم لقوله تعالى : «ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن»، فتجب المبادرة إلى عزله وتبديله بأمين غيره. وأما ما استظهر به هذا المقدّم من ضمان الرجلين إياه فيما عسى أن يفوته..الخ، فلا عبرة به، لأنهما وإن ضمِناه فيما عسى أن يفوته فأين المخرج من كونه يبيع بعشرة ويذكر خمسة فقط أو يشتري لهم بعشرة ويقول بعشرين، لأن الأمانة التي تمنع من هذا وشبهه مفقودة،

ولأن الضمان غير لازم لهما قبل التفويت بل لهما الرجوع عنه كما يفهم من قول المختصر : «وداين فلاناً، ولزم فيما ثبت الى قوله : «وله الرجوع قبل المعاملة»، وأيضا لا بد للمحاجير وقت الرجوع على الضامنين من البينة على إتلاف المقدّم مالهما عمدا، وإلّا لم يرجعوا عليهما بشيء ولو أقر هو بإتلاف، وهمْ في غنى عن هذا كله، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

نص جواب : الحمد لله كما ينبغي لجلاله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله،

وبعد، فإن ما سطره الفقهاء أعلاه من أن صاحب المرض المزمن كالإقعاد حُكمُه حكم الصحيح في جميع تبرعاته من حبُسٍ وهبة وغيرهما، صحيح لا يرتاب فيه ذو معرفة بعلم النوازل والأحكام، إذ ساقه غير واحد من أئمة المذهب جازما به من غير أن يحكي فيه خلافا. ففي اختصار المتيطية آخر باب بيع المريض ما نصه :

فرع : وأما العلل المزمنة التي يطول أمرها وليست مخوفة كالجذام والفالج ونحوهما، ففعل صاحبهما فعل الصحيح. (هـ). ونحوه في ابن سلمون في فصل بيع المريض، ونصّه : والمرض المعتبَر هو الذي يخاف منه الموت، فإن كان من العلل المزمنة مثل الجذام والجذري والإقعاد ونحو ذلك من العلل، فأفعاله كلها صحيحة كأفعال الصحيح جائزة باتفاق. (هـ). وفي جواب للإمام القاضي أبي الحسن التسولي ما نصه : والمقعَد حكمه حكم الصحيح كما للمازري وغيره، ونحوه قول ابن سلمون : فإن كان الأبُ صحيحا يوم أشهد لابنه بما أشهد لا مرض به إلا ما أصابه من الكِبَر والاقعاد فإنه يصح للابن جميع ذلك. (هـ). وعليه، فالتحبيس الواقع من السيد الحاج محمد فرج لأحفاده من ابنه نافذٌ من رأس ماله لا من ثلثه، لأن ذلك هو مقتضى قول أئمة المذهب : إن حكمه حكم الصحيح كما لا يخفى، ولو كان حكمه حكم المريض لكان ذلك من ثلثه، وقد رأيت نصوصهم مصرِّحة بأن حكم المقعَد حكم الصحيح، ولولا خشية الطول لزدنا من جَلْبِ كلامهم وسرْدنا من نقالهم، لكن أضربنا عن ذلك خشية التطويل الممل، والله

يتولى من أنصف بهداه. وصَلَّى الله على نبيه ومصطفاه. وكتبه محمد بن عمر لطف الله به. (هـ).

وأجبت عقبهم :

الحمد لله، المسطر أعلاه منْ أن المُقْعَدَ الذي طال مرضُه نحو الخمسة الأعوام وهو صحيح العقل تام الميز والادراك له حكم الصحيح، فينفذ جميع تبرعاته في هذه المدة من رأس ماله لا من ثلثه صحيح. ففي شرح أبي علي بن رحال للمختصر نقلا عن ابن المواز ما نصه : وأما صاحب حُمَّى الربع والأجذم والأبرص والمقعد وذو الخراج والقروح فما أرقده من ذلك وأضناه وبلغ به حدَّ الخوف عليه فله حكم المريض، وما لم يبلغ به ذلك فله حكم الصحيح. (هـ) منه. وقال ابن الحاجب : بخلاف الجرب والضرس وحمى الربع والبرص والجذام والفالج...الخ. التوضيحُ : لأن الغالب على أصحاب هذه الأمراض السلامةُ، والموت منها نادر. ولذا قال في المدونة : وأما المفلوج وصاحب حمى الربع والأجذم والأبرص وذو القروح والخراج، فما أقعده وأضناه وبلغ فيه حد الخوف عليه، فحكمه حكم المريض، وما لم يبلغ به ذلك فحكمه حكم الصحيح. (هـ) وفيه كفاية والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن امرأة تزوجت ما يقرب من عشرين سنة ثم مات والدها وجدد عليها الحجر، وأوصى عليها أخاها، فلما مات والدها شهد برشدها اثنا عشر عدلا، فألغى ذلك التجديد لكونه لم يصادف محلا، فذهب وصيها المذكور وأقام بينة بسفهها الخ.

فأجبت : الحمد لله، ما استظهر به الأخ من الشهادة بسفه أخته لا يفيد شيئا.

أما أولا فإنه كان استظهر بالتجديد عليها من والدها وأُلغِي، لكونه لم يصادف محلا، لكونه كان بعد مُضي أزيد من سبعة أعوام من دخولها، والقاعدةُ أنَّ كل من استظهر برسم وأُلْغِيَ ثم قام بآخر كما هنا، فلا عمل عليه، لأن الأخ

استظهر أولا برسم التجديد، فلما بطل بكونه مؤخرا عن المدة التي يكون فيها نافعاً انتقل إلى بينة السفه، وذلك لا يصح. ففي نوازل العلمي نقلاً عن سيدي أحمد البعل ما نصه : الرسم الثاني الذي أخرجه بعد إعطاء النسخة من آخر مستراب، وكل مسترابٍ لا يعمل به الخ. وأجاب عقبه ابن عرضون : وعلى ما كان في الرسم الأول ينبني الحكم، والرسمُ الثاني لا عمل عليه. وقال العلمي أيضا في جواب آخر : الرسم الثاني مستراب لأنه انتقال من دعوى لأخرى، ولو أبيح الانتقال من دعوى لدعوى لما انقطعت حجة الملذين الخ.

وأما ثانيا، فعلى تسليم أنه لا انتِقالَ فيه فهو باطل أيضا لأنه غير مؤدىً فلا عبرة به، لأن الشهادة إذا لم تؤد فهي محض زِمام. قال في التحفة :

ثم الشهادة لدَى الأداء جملتها خمس بالاستقـــراء

قال الشيخ التّاودي في شرحها : أما قبله (أي الأداء) فلا عبرة بها، ولا توجب شيئا. (هـ).

وأما ثالثا، فعلى تسليم ذلك كله فلا حجة فيها أيضا، لأن هؤلاء الشهود ليسوا من جِيرانها، إذْ الحامل ذكر أنها بزقاق الحجر، والشهودُ بحومة المخفية، ولا مجاورةَ بينهما بحال. وعليه فهي ملغاة. قال الشيخ أبو علي في حواشي التحفة : ولا بد أن يكون الشهود أي في الترشيد والتسفيه من الجيران...الخ. ونقله عنه الشيخ بناني في حواشيه، وسلمه الرهوني بسكوته عنه، وأفتى به التسولي وشيخه ابن ابراهيم، ونظَمه في العمل المطلق، أُنظره.

وأما رابعا، فعلى تسليم ذلك كله فلا عبرة بها، لأنهم لم يشهدوا أنها منذ دخل الزوج بها وهي بحال سفه إلى وقت التجديد حتى يصح التجديد عليها، وإنما شهدوا بأنها لا تحسن التصرف في مالها أي وقت الشهادة، فلا يصح ذلك التجديد أبدا. ابن عرضون : أشهدَ فُلان أنه جدد الحِجر على ابنه فلان في بلوغه أو ابنته فلانة التي هي الآن قريبة عهدٍ بالبناء بها الخ. وبالضرورة أن هذه الشهادة التي في هذا الوقت لا تصحح التجديد عليها الذي كان سابقا، لأنّ بين تاريخه

وتاريخ البناء ما يقرب من عشرين عاما، وبه يظهر ما في قول المفتي الأول : فإذا تبين هذا فالبنت قد حجرها والدها في وقت يجوز له فيه حسبما بالمواجب إلى قوله. لأن الحجر وقع في محله. (هـ). فإن عَنَى أن والدها حجر ها داخل السبعة أعوام فهو مخالف لما في المواجب التي أحال عليها، وإن عنى أنها وقت التجديد كانت سفيهة فليس ذلك في المواجب أيضا لتأخر تاريخها عن تاريخ التجديد، وليس في تلك المواجب تصريح ولا تلويح، فإنها في وقت التجديد كانت بحيث يحجر عليها، على أنها وإن ثبت سفهها في وقت التجديد فلا يصح تحجير الأب عليها في ذلك الوقت بدون رفع للحاكم، لخروجها عن ولايته بانقضاء سبعة أعوام من يوم الدخول، وإنما يحجرها القاضي، لا الأب بعد هذه المدة. وكذلك قول الثاني، شهادة الرشد التي أدلى بها زوج المرأة لا تجدي لمعارضة أربعة عدول بالسفه...الخ، غير مسلّم أيضا.

أما أولا، فإن شهادة العدول الاثني عشر برشدها لا تعارضها شهادة الأربعة بسفهها، لأن الأولى تفيد العلم، ولا سيما وفيها ــ مقدّما ــ الروضة العظمى (أي الضريح الادريسي)، ولهما مزيد الاطلاع على غيرهِمَا لمباشرتها لأمور أولئك الشرفاء بالقبض والدفع والقيام بالأمور وغير ذلك دون الثانية، فلا تفيده لنقصها عن درجته، ولا تعارض بين ما بلغ من الشهادات درجة العلم وبين ما لم يبلغه لعدم مساواتهما كما نص عليه ابن الناظم، ونظمه ميارة وهو واضح.

وأما ثانيا، فإنه لا معارَضة بينهما في السبعة الأعوام التي تخرج بها من ثقاف الحجر، لأن شهود الرشد قالوا منذ زفت إلى بعلها وهي رشيدة إلى الآن وحتى الآن، وشهود السفه قالوا : لا تحسن التصرف في مالها، إلى أن قالوا : وبه قيدت شهادتهم...الخ، فلم يشهدوا كما ترى بأنها في السبعة الأعوام التي بعد الدخول كانت بحال سفه، فتلك المدة التي خرجت بها من الحجر سالمة من المعارض، تأمله. وأيضا في تلك المواجيب تناقض تأمله، والله أعلم. المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن رجل كان وصيا على محاجير حتى رشدوا، وزوّجهم وذهب

كل واحد منهم لمحله، ومات هو أيضا عن ولد، وكان (أي الوصي) قيدَ حياته اشترى بلادا كثيرة باسم نفسه وتصرف فيها، ولما مات تصرف فيها ولده نحو العشرة أعوام، ثم بعد هذا كله قام المحاجير المذكورون على الولد، وزعموا أن الوصي إنما كان اشترى تلك البلاد بمالهم، فهل يسمع قولهم أو لا ؟

فأجبت : الحمد لله، لا عبرة بقولهم ولا التفات اليه ولو ثبت أنه اشتراها بمالهم، لأن الوصي المذكور حيث اشترى تلك الأماكن باسم نفسه فهي له ولأولاده من بعد موته، إذ كلُّ من اشترى شيئا باسم نفسه فهو له حتى يثبت بالبينة أنه نائب في شرائه عن غيره، ومنه نازلة السؤال. فالأملاك المذكورة للوصي حتى يقوم دليل على أنه نائب في شرائها عن محاجيره، وهذا منصوص عليه لغير واحد من الأئمة. ففي نوازل العلمي نقلا عن ابن رشد أنه قال : ومن اشترى باسم نفسه شيئا فهو محمول على أنه اشتراه بماله حتى يثبت خلافه. (هـ). ثم قال : وانظر إذا باع الزوج أصول زوجته واشترى بمالها أملاكا ثم مات ولم يبين، هل اشترى للزوجة أو لنفسه. وفي نوازل ابن هلال : وإن تحقق أن الثمَن الذي باع به أصول زوجته هو الذي دفعه في الأصل الذي اشتراه فليس للزوجة إلا ذلك الثمن، لأن اليد لا تكسِب إلا لنفسها، هذا هو الأصل حتى يدل دليل أنه لغيرها. قلت : وهذا هو الموافِق لما قلناه أولا عن ابن رشد. (هـ). وفيه كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

نوازل الصلح

سئلت عما يظهر من الجواب، ونصه :

الحمد لله، أما الصلح على المحجور، فالشرط فيه أن لا يكون فيه غبن فقط، كما قال في التحفة :

وللوصي الصلحُ عمن قد حجر   يجوز إلا معَ غبن أو ضرر

ولو لم يعلم هل فيه غبن أو لا، فيحمَلُ على الجواز، وأنه لا غبن فيه حتى يعلم خلافه، كما قال في المفيد، ونصه : وصلح الوصي على أيتامه جائز نافذ ما لم يكن عليهم فيه غبن، وفعله في ذلك على الجواز حتى يثبت خلافه، قاله أصبغ عن ابن القاسم وهو الشأن. (هـ). قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت عما يظهر من الجواب :

الحمد لله، حيث ادّعى السيد العابد على زوجتَيْ أبيه أن بيعه الدار لهما فيه توليج وأنكراه فيه، واصطلح معهما بمال، فإنه يدخل فيه جميع الورثة ولا يختص به وحدَه، لأن التوليج المذكور حق لجميع الورْثة فلا وجه لاختصاصه، ولا معنى لقوله : إنما اصطلح في حقه لأنه إنَّما ادعى عليهما بالتوليج وهو لا يتبعض، ولذا قال في المختصر : «وإن صالح أحد ولدين وارثين وإن عن انكار، فلصاحبه الدخول معه كحق لهما في كِتَابِ...الخ». ونص الزرقاني ممزوجا بالمتن : وإن صالح أحد ولدين وارثين مثلا شقصا خليصا لأبيهما ادّعى عليه هذا الوارث مالا لأبيه وإن كان صلحه له عن إنكار من المدّعى عليه فلصاحبه الدخولُ معه فيما صالح به عن نصيبه من ذهب أو فضة أو عَرْض، وقولنا مثلا، لأنه لا فرق بين كون الوارثين ولدين أو غيرهما كعمَّين أو ابنيْ عم، قاله التتائي، وله أن لا يدخل معه...الخ. وفي المنتخب، قال ابن القاسم في رجلين لهما ذكر حق فوكلا عليه وكيلا فتقاضى مِنه بعضه، وقال إنما قبضت حق فُلان، وقال الغريم : إنما دفعت حق فُلان، يعني الآخر والغريم معدم، فقال : إن كان حقهما متفرقا فالقول قول

الوكيل لأنهما قد ائتمناه، فليس للغريم معه قول، وإن كان حقهما واحداً فهو بينهما. (هـ) من شرح ابن رحّال، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي العمراني لطف الله به بمنه.

وسئلت عن امرأة ماتت فورثها زوجها وعصبها بيت المال، فباع تركتها أبو المواريث واقتسمها مع الزوْج فثبت بعدلين أن لها عاصبا وهو ابن شقيقها، فاصطلح مقدمه من قبل القاضي مع أبي المواريث على أن يأخذ الربع ويرد ما عداه للصبي.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بشهادة العدلين أن الصبي المذكور هو عاصب المرأة الهالكة، فلا وجه لأخذ أبي المواريث الربع المذكور، بل يجب عليه رده للصبي الوارث، ولا يجوز له التصرف فيه بحال. قال في المختصر : «ولا يحل لظالم». قال الزرقاني : أي لا يحل المصالَح به للظالم فيما بينه وبين الله، بل ذِمته مشغولة للمظلوم، وظاهر كلامه ولو حكم له حاكم يراه وهو ظاهر. (هـ). وأيضا هذا الصلح الصادر من المقدم على هذا الوجه غير جائز، لأنه تضييع لمال المحجور بلا مصلحة.

وقد سُئِل سيدي العربي بردلة عن محجورة قامت بدين لها على ورثة فصولحَتْ ببعضه وبقي البعض، ثم بعد الصلح بمدة ادعى من ناب عن المحجورة أن الصلح غير ماض لكون المدة محجورة فوقع الصلح أيضا من النائب، والمدعى عليه بمطالعة قاض، فهل سيدي، الصلح الثاني وإن كان بمطالعة القاضي غير ماض أيضا، لأن الحق للمحجورة ثابت لها، وما كان ثابتا ليس للمحجورة سداد في ترك بعضه، إذا كان لا يخشى فواته أم لا ؟

فأجاب : إسقاط الثابت للمحجور من التبرع عليه وهو غير ماض، فإن ثبتٍ حق المولى عليه من غير نزاع، فإنه يستوفى له ولا يترك، وتركُهُ، مِن التضييع لِحقِّه. (هـ). ووافقه على هذا الجواب قاضي الجماعة سيدي محمد المجّاصي. (هـ).

وقد سئل المجّاصي أيضا عن نظيرتها،

فأجاب : إن حق البنت إن كان ثابتا بلا نزاع فيه ولا دعوى، فلا معنى للصلح وهي على حقها، متى شاءت طالبت به ورثة زوجها. قال في المفيد : وإذا صالح الرجل عن ابنته ببعض حقها، من ميراث أو صداق أو غير ذلك، فإن كان حقها معيّنا لا خصام فيه ولا دعوى، فلا يجوز صلحه عنها بأقل من حقها، إذ لا نظر له في ذلك، فإن وقع رجعت في بقية حقها على من هو لها عليه، ثم لا رجوع له على والدها إلا أن يتحمل في ذلك بما يلحقه من درك، فيكون هوَ المطلوب به في عسره ويسْره، ويتبعه بذلك غريم الابنة. وإن كان غريمها عديما طالبت والدها بحقها، قاله مطرف وابن الماجشون وهو قول مالك وأصحابه. (هـ). وهذا كافٍ، أنظر نوازل العلمي، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي هداه الله.

وسئلت عن رجل ادّعى علَى آخر، وهو جارُهُ، أنه كانَ اتهمه بالسرقة ورفعه لمن له الأحكام المخزنية، فقبضه في السجن نحو العام على وجه الظلم من غير حجة حتى أعطاه مائة ريال ونصف المائة، فأجابه الآخر بأنه لم يبِتْ في داره ليلة، وعند الصباح قدِمَ لداره فوجد حوائجه مسروقة، فرفع أمره للمخزن فأرسل أعوانه وعدلين وعريفة، وصاروا يبحثون في الدُّور عليها فوجدوها بدارك، فقبضك المخزن في السجن حتى اصطلحتُ معك في بقية الحوائج المسروقة بمائتى ريال وسامحتك في خمسين ريالا.

فأجبت : الحمد لله، نص العلماء على أن النظر في المتهَم بالسرقة أو الغصْب أو ما أشبه ذلك هو من شأن الولاة لا من شأن القضاة، وأن الوالي يسمَع الدّعوى على المتهم بذلك ويُغْرمه ما ادّعى به عليه إذا قامت قرينة عنده بذلك، وعليه فحيث بعث الحاكم أعوانه مع العدلين والعريفة للبحث عن السرقة ووجدوا بعضها عند المدَّعِي في داره، فسجَنه حتى غرم ما بقي منها فحكمه بذلك ماضٍ لا يتعقب. قال التسولي في شرح التحفة : الحكم في الدّعوى على المتهوم من وظيفة الولاّة. قال القرافي : يمتاز نظر القاضي ونظر والي الجرائم بأمور :

منها أن ولي الجرائم يسمع الدّعوى على المتهوم ويبالغ في كشفه، بخلاف القاضي...الخ. وأيضا ففي التبصرة نقلا عن ابن سهل ما نصه : إذا وجد عند المتهم بعض المتاع المسروق وادّعى أنه اشتراه ولا بينةَ له، لم يؤخذ منه غير ما بيده...الخ. نقله التسولي وقال عقِبه : هذا إنما يتمشى على المشهور لا على ما في الغصب من أن العمل مؤاخذة المتهم بالغرامة بمجرد الدّعوى، فضلا عن كون بعض المسروق قد وجد بيده، وأن القول للمسروق منه في قدره. فتبين من هذا أن المال المدعى به على عبد السلام لازم له، وأيضا فحيث رضي بضمان أمه في ذلك المال وسلمه والتزم العمل بمقتضاه وهو بأتمه، ثم أراد الآن نقض ذلك فلا يقبل قوله، لأن كل من سلّم في شيء اختيارا ثم قام يريد نقضه فلا تسمع دعواه. وأيضا فعلى تسليم أنه دفع ذلك المال ظلما فإن سكوته هذه المدة نحو الست سنين يُبطل دعواه، لما ذكروه في الغصب أن شرط القيام به أن يكون بفور التقية وذلك سنة، فإن سكت أكثرَ منها بطل حقه، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئل كاتبه كان الله له، عن رجل كان وكيلا لغيره، كان يشتري الأصول ويكريها له ويقبض له الغلل مدة مديدة، ثم مات الوكيل المذكور وتصرف ولده بتوكيل أيضا، ثم أبرأ الموكل وأباه اللذيْن كانا وكيلين له براءة عامة شاملة، ثم مات الموكل فقام بعض ورثته على ورثةِ الوكيل وادّعى عليهم بما يقرب من ثلاثين ألف ريال، فتصالحا عن ذلك بألفي ريال بالتثنية، ألفٌ حالٌ، وألف مؤجل بأربع سنين، الربع في كل سنة، وتحمل وارث الموكل رد غيره من الورثة، كما أن ورثة الوكيل سلموا الصلح المذكور عن أنفسهم وعن محجورة لهم، فهل الصلح صحيح ماض، أم هو باطل يجب فسخه ؟

فأجاب : الصلح المذكور فاسد لا يصلح، بل يجب فسخه لأمور :

منها أن تحمل الوارث دَرَكَ غيره موجبٌ للفساد، كما نص عليه أئمتنا. قال

في المنتخب ما نصه : وفي كتاب الجدار سئل عيسى عن القوم يصطلحون في المواريث فيضمن الحاضر منهم أمرَ الغائب إن كره الصلح، وادّعى شيئا فهو له ضامن. قال : لا أرى هذا يجوز وأراه مفسوخا. (هـ). ونحوه لابن حبيب عن الأخوين وأصبغ، ونقله في الدر النثير، وقبِله ولم يحك خلافه، ونصّه : وحكى ابن حبيب عن مطرف وابنِ الماجشون وأصبغ في القوم يصطلحون في مواريثَ بينهم وبعضهم غيب، فيضمن الحاضر رِضَى الغائب إن كره الصلح وادّعى شيئا، أن هذا لا يجوز ويُفسخ. (هـ). ونحوه في المفيد، وساقه غيرَ معزو كأنه المذهب. ونصُّه :

وإذا اصطلح قوم في مواريث وضمن حاضرهم أمر غائبهم إن كره الصلح وادّعى شيئا فذلك مفسوخ. (هـ). ونقله مؤلف كتابِ المغارسة وما معها في الشرح بزيادة وايضاح. ونصُّه : قال ابن هشام : إذا اصطلح قوم في مواريث وضمن حاضرهم أمر غائبهم بمعنى أن الغائب إن كره الصلح وادّعى شيئا فإن الحاضر يتولاه، فإنه لا يجوز، وذلك مفسوخ. (هـ). وهذا كثِير الوقوع في زماننا لجهل الناس بَلْ والمتولين للفصل بينهم بالحكم. (هـ). ووقوعه في زمننا أيضا كثير، وسببه في وقتنا أشد، والله أعلم. (هـ) من حاشية العلامة الرهوني ونقل نحوه أول باب الصلح.

ومنها أن التسليم الصادر من ورثة الوكيل على محجورتهم غير لازم شرعا، لأن الوصي معزول عن غير المصلحة.

وفي المعيار في جوابه الحفيل الذي سماه تنبيه الطالب الدراكَ في الصلح المنعقد بين صغير والحبّاك ما نص المراد منه. وأما إن كان المحجور مطلوبا، فإن كان الحق الذي يطالب به غير ثابت ولا مرجو الثبوت فلا يجوز الصلح بحال. (هـ). ونقله الشيخ التّاودي وسلمه، ولا شك أن نازلتنا من هذا النمط، لأنه مع وجودِ الإبراء من الموكل البراءةَ التامة السالِمة من الطعن، فأي حق يثبت بعد ذلك.

ومنها الريبة، لأن العادة تكذب أن من له على آخر ثلاثون ألف ريال، لا

يصالح بألفي ريَال قطْعا. وفي مثلِ هذا قال أئمتنا : يتعين على القاضي كالمفتي النظر للقرائن المحتفة بالنازلة، والعملُ بمقتضاها، كما للعبدوسي وأبي علي في الشرح والحاشية.

ومنها غير ذلك مما يعلم بمراجعة رسم الصلح والتأمل فيه، والله أعلم. وقيده محمد بن التهامي الوزاني لطف الله به. (هـ).

قلت : قد وجه لي هذا الجواب لأوافق عليه، فكتبت : وبعد، فغير خاف عليك أن الشيخ الرهوني جعلِ تلك النصوص من أفراد قول المختصر، «وجهل بثمون أو ثمن»، وهو ظاهر، لأن الورثة إذا اصطلحوا فيما بينهم وضمِن حاضرهم أمر غائبهم والتزم بإرضائه من ماله الخاص به، ثم قدم الغائب ولم يرض بذلك الضمان من أصله، فإن القسمة تنقض بينهم لعدم رضى الغائب بها، وإن أمضاها على ذلك الشرط فتارة يرضيه مقدار حقه، وتارةٍ لا يرضيه ذلك ولو زاده مثله أو أكثر منه. ففي الصلح على هذا الوجه، الجهلُ، كما قاله الرهوني، ونازلة السؤال خالية من ذلك، لأن القدر الذي أسقط عنها (أي المحجورة) في رسم الإبراء والتزم بأدائه الوصي من ماله معلوم لا جهل فيه، فإن قامت المحجورة بعد رشدها ولم تُجِزه، فالوصي يؤديها ما بقي لها من ماله وهو معلوم. قال في المفيد : وإن صالح الرجل عن ابنته ببعض حقها من ميراث أو صداق أو غير ذلك، فإن كان حقها معيّنا لا خصام فيه ولا دعوى فلا يجوز صلحه عنها بأقل من حقها، إذ لا نظر له في ذلك، فإن وقع رجعت في بقية حقها على من هو لها عليه، ثم لا رجوع له على والدها إلا أن يتحمل في ذلك بما يلحقه من درك فيكون هو المطلوب به. وأما كون التسليم عن المحجورة غير لازم، لأن الوصي معزول عن غير المصلحة، فجوابه أن الوصي قد التزم لها ما بقي من حقها بحيث يؤديها ذلك من ماله فلا ضرر عليها أصلا. وأما الريبة فموجودة أيضا حتى في هذا الابراء الذي أظهره الوصي الآن، إذ لو كان عنده موجودا وقت الصلح لما رضي أن يصالح بألفي ريال، لأن العادة مانعة من ذلك، سيما وقد اشهدا في الصلح أن كل ما يستظهر به أحدهما فهو إفك وزور، والله أعلم. المهدي لطف الله به.

وكتب في النازلة أيضا ما نصه :

وسئلت عمن كان ينوب عن رجل كبير القدر في أمتعته بالقبض والدفع حتى تجمع عنده مال كثير نحو ثلاثين ألف ريال ومات، فجاءه الوصي بعد موته بالشفعاء وذبح عليه بباب داره فاصطلح معه بألفي ريال فقط، ثم بعد الصلح بمدة أظهر محاسبة بالابراء بينهما وأراد نقض الصلح.

فأجبت : الحمد لله، الصلح المذكور لا يجوز نقضه بحال، والطمع في نقضه بالمحاسبة التي استظهر بها الوصي الآن من المحال.

أما أولا، فقد تقارر المتصالحان في رسم الصلح، على أنه إن استظهر أحدهما على الآخر بشيء مما ذكر أو غيره، فلا عمل عليه ولا حجة تقوم به، وإنما هو باطل وإفك وزور. فالوصي الذي قام الآن بهذه المحاسبة معترف في رسم الصلح بأنها إفك وزور، فكيف يحكم له بما تضمنته بعد إشهاده بذلك. وفي حاشية الشيخ بناني ما نصه : وأما إذا التزم في الصلح عدم القيام عليه ولو وجَد بينة، فلا قيام له كما ذكره ابن عاشر، ونصه : قوله فله نقضه، ينبغي تقييده بما ذكرهُ ابن هارون في اختصار المتيطية، ونصُّه : فإذا شهد عليه في وثيقة الصلح أنه متى قام عليه فيما ادّعاه، فقيامه باطل، وحجته داحضة، والبينة التي تشهَدُ له زورٌ، المسترعاةُ وغيرُها، وأسقط عنه في ذلك الاسترعاء في الاسترعاء ما تكرر فلا تسمع للمدّعي بعد هذا الابراء حجة، سواء كان عارفا بها حين الصلح أم لا، وإن سقط هذا الفصل من الوثيقة فله القيام ببينة لم يعرفها. (هـ).

وقال الشيخ التّاودي في شرح التحفة : من أكذب بينته فقد أسقطها، ومن أوجب له سماعها بعد تكذيبه إياها فقد فتح بابا من الشغب والتعنيت وأعان عليه، قاله ابن الهندي. (هـ). وأما ثانيا، ففي المحاسبة المذكورة استبعاد واستغراب، إذ كيف يعقل أن تكون هذه المحاسبة عند الوصي ويذبح على المصالَح بباب داره ويجمع أكابر البلد ويأتي بهم للشفعة في الصلح المذكور ويرضى بإعطاء ألفين من الريال، ثم بعد هذا كله يقوم هو بنفسه يسعى في نقض هذا الصلح ويدعي أنَّ المحاسبةَ كانتْ وقت الصلح تحت يده، إن هذا لمستبعد جدا.

وفي جواب لبعض المتأخرين ما نصه : من مبطلات الشهادة، الاستبعادُ والاستغراب والشذوذ ومخالفة العادة، وحينئذ فترد شهادة الشاهدَيْن بذلك. المازري : تعرض التهمة من جهة الشذوذ بمخالفة العادة، ومنه حديث : لا تقبل شهادة البدوي على القروي. وفي المختصر : «ولا إنْ استبْعِد كبدوي لحضري. وفي المعيار : المقصود من الشهادة غلبة الظن بصدق شهودها، ومهما عارضتها تهمة سقطت. (هـ). وفي تبصرة ابن فرحون نقلا عن القرافي أن مدار قبول الشهادة وردِها على غلبة ظن الصدق وعدمه. (هـ). وفي التحفة في تعداد المبطلات : وحيثما التهمة حالها غَلَبْ...الخ، فظهر بهذا أن تلك المحاسبة باطلة للتهمة، والله أعلم. ولا يفسخ الصلح المشار إليه لتحمل الوصي فيه درك محاجيره بل غاية ما فيه أن المحاجير إن كانت لهم حجة يتبعون وصيهم إن لم يرضوا بالصلح المذكور كما قاله شراح التحفة بأجمعهم عند قولها : وللأب الصلح على المحجور، خلافا لمن وهِم، ووجّهَه التسولي بأنه من باب الحمل لا ممن باب الحمالة، وأطال في ذلك بكثرة النقول، فانظره، ونصُّه.

وقال البرزلي في نوازل الصلح : وإن خاف المدعَى عليه أن يولج المدَّعي الدعوى الى غيره، فليأخذ منه بالصلح كفيلا، على أنه متى أدركه فيه درك من توليج أو رفع إلى غيره، فالحميل ضامن بذلك، فإن كان كَذلك لزم الضامن دعوى المدعى عليه. (هـ). وقد علمت من هذا أن التحمل من الأب وغيره في مثل هذا محمول على الحمل، إذ لا يقصد به غيره في مثل ذلك، لأن الخصم يقصد بذلك التحصين لنفسه، فلا معنى لحمله على الحمالة، لأن المقام ينبو عنه.

ثم قال : وفي أواخر الكراس الأوَل من أنكحة اختصار البرزلي فيمن تزوج أمرأة لها دار فأباح له ولدُها أو أمْها أو وصيها السكنى طول العصمة، والتزم أحدهم ضمان الدرك في ذمته، ثم توفي الضامن فإنه يوقف من تركته بقدر أقل الزوجين عمراً، ونحوه في فصل المتعة أوائل النكاح من ابن سلمون. وأما ما ذكره في الدر النثير وغيره، ونصه واللفظ له : حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في القوم يصطلحون في مواريث بينهم، وبعضهم غيب فيضمن الحاضرُ

رضى الغائب إن كَرِهَ الصلح، وادَّعى شيئا أن هذا لا يجوز ويفسخ. (هـ)، فليس مما نحن فيه، لأن نازلتنا انعقد فيها الصلح وتم من الوصيين معا، والضمان إنما هو في الدرك، وفي هذا لم يعقد ولم يتم لعدم حضور الغائب. وأما رضى الحاضر به فلا يلزمه فهو صلح يالخيار.

وأيضا كلام الدر النثير وغيره، إنما هو في الشركاءِ يصطلحون في شيء مشترك بينهم، وبعضهم غائب، فيضمَن الحاضر رضى الغائب وليس عنده وكالة من الغائب ولا ايصاء عليه وإلا لم يحتج لرضاه، لأن يد الوكيل كيدِ موكله، فليس في هذه النازلة ضمان الحاضر أمر الغائب، بل فيها صلح الوصي عنه وعن محجوره، والالتزام له بالدرك، تأمله. ولا رِيبة في ادعاء المدعِي بنحو ثلاثين ألف ريال وصلحه عنها بألفين فقط كما قيل، لأن العادة قاضية بأن من ذبح عليه بباب داره وجاءه أكابر البلد بالشفاعة إلى محله أن يسامح في جميع الدين أو بعضه لا محالة. وأيضا قد يكون المدعي إنما أسقط هذا العدد لأجل يمين القضاء، إذ من الناس من لَا يحلف أصلا ولو في أكثر من هذا العدد. وأيضا قد يكون إنما سامح فيه خوف دعوى المدين العدم، فلا يجد عنده شيئا إلى غير ذلك، على أن هذه الدعوى معارضة بمثلها، إذ يقال: من عنده تلك المحاسبة لا يرضي بالصلح بخمسة ريال أو عشرة مثلا، فكيف بألفيْ ريال، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به.

وسئلت عن قول التسولي في شرح التحفة لدى قولها: والزَّوجة استفاد زوج مالها... مانصه: وكل ما لا يطلب إلا عند الشنئان والخصام لا يقضى به، هل عبارته هذه عامة في كل ما كان بين الزوجين دَينا وغيره، رعيا للفظ كل، ما دام ذلك خاصاً بما استفاده من مال زوجته، موافقة للمحل المشروح فإنا التبس علينا.

فأجبت: الحمد لله، كلام التسولي في المحل المذكور خاص بما استفاده الزوج من مال زوجته كما هو موضوعه. نعمْ هذا الحكم لا يختص بالزوجين بل يشمل القرابة والأصهار والأحباب، وكلامه يفيد أنه لا يشمل الدين أصلا، ونصه: وكل ما لا يطلب إلا عند الشنئان والخصامِ فهو محمول على الصِلة كما في

ظني أني وقفت عليه كذلك، ولا أذكر الآن محله. ثم بعد كتبي هذا وقفت عليه نصا للخمي، ونقلته في باب العارية. وانظر ما تقدم عن المعيار آخر فصل ما تهديه الزوجة لزوجها بعد العقد. وقال في فصل العارية. قال القوري في الأقارب والأصهار ومن في معناهم يأخذ أحدهم متاع الآخر من غير مشورته ولا إذنه وذلك على عادتهم وسيرتهم إلى أن هلك بعض المأخوذ من المستعير : لا ضمان على المستعير حيث ثبتت عادتهم بذلك، وكان مما لا يغاب عليه وهلك بغير تضييع ولا تفريط. قال : وقد نصّ اللخمي على أن كل ما لا يطلب إلا عند المشاورة والمخاصمة لا يحكم به لطالبه. (هـ). ونحوه في البرزلي عن ابن الحاج. وقال أيضا في فصل ما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق، ما نصه :

وفي المعيار في المرأة تخرج أثوابا لزوجها عند البناء، ثم تطلب ذلك عند مشاجرة أو طلاق أو لغير سبب. ما نصه : ما أهداه أحدهما لصاحبه قبل العقد، ثم وقع النكاح لا رجوع فيه قبل الفراق لا قبل البناء ولا بعده، فإن كان ذلك بعد العقد، نظر، فإن كان ذلك على وجه الاستغزار وطلب الثواب فله الثواب، وإن لم يكن على ذلك فلا ثواب له، لأنه استجلاب للمودة أو تأكيدها، فإن طلقت بقرب العطية فترجع هي في عطيتها لا هو، وإن بعد ما بين العطية والطلاق، لم ترجع. (هـ). فأنت ترى كلامه في المواضع الثلاثة خاصاً بالهدية وما في معناها، وكذا قول اللخمي : كل ما لا يطلب إلا عند المشاورة والمخاصمة، يفيد ذلك بل هو كالصريح فيه، فإن الديْن يطلب في جميع الأوقات لا في وقت التودد ولا في وقت المشاورة والخصام.

والحاصل أن الديْن لا يسقط عمن هو عليه بحال ولو ديْن صداق بلاخلاف فلا يتناوله. قال التسولي آخر حاشية الزقاق : تقرر أن الديون لا تبطل بالطول ولو أربعين سنة على المشهور، لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدُمَ. وفي نوازل البيوع من المعيار نقلا عن العبدوسي، أنه قال : طول المدة أربعين سنة لا يسقط الدين عن المِديان، ولا خلاف في ذلك، وإنما الخلاف إذا كان الدين برسم، وطالت المدة جِدا وادّعى المديان قضاءه فقيل :

يقبل وقيل لا، وهو المشهور. (هـ).

وأجاب أيضا عن رسم صداق زوجة ماتت وبقي بعدها الزوج نحو الستين سنة بما نصه : الصداق لا يبطل بسكوت من وجب له المدَة المذكورة، وكذا سائر رسوم الدين إذا ادعى المدين الخلاص منها، هكذا وقع في الروايات وإن كان فيه خلاف، لكن القضاء والعمل بما قدمناه. (هـ). وفي نوازل النكاح من المعيار عن المواق ما نصه : وأذكر في النوازل وأظنها نوازل ابن عبد الرفيع، أن القضاء أنه لا يحكم بالكالِيِء إلا عند موت أو فراق، لأن العرف فيه المكارمة، وتَرْكُ طلبه، فيُترَكون على ذلك حتى يقع الشنئان أو يقع الموت، وحينئذ يحكم به. (هـ). فهذا أيضا صريح في النازلة، لأن الكالِيء لا يطلب إلا عند الشنَئان، ومع ذلك إذا طلبته يُقضَى لها بهِ أي لكونه دَينا، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به.

وأجبت : عما يفهم من الجواب ونصه :

الحمد لله، حيث كان الصلح المحدَّث عنه ثابتا بشهادة عدلَيْن مبرزَيْن من خيار عدول الوقت، ومضَى لذلك أزيد من ثلاثة أعوام، وكان انعقاده على موجب شرعي لتعذر الحقيقة، وأسقط عاقداه فيه كل حجة يقوم بها أحدهما على الآخر ترجع لما ذكر، بينةً أو غيرها، علمها أم لا، وتبارءا فيما يرجع لذلك بالابراء التام الشامل المطلَق العام...الخ. ثم بعد هذه المدة قام أحدهما يريد نقضه زاعما أنه كان مكرهاً عليه، فالواجب شرعا أن دعواه لا تسمع وحججُه واهية لا تنفع، ولو جاز نقض مثل هذا الصلح بمجرد الدعوى لعظم الضرر، وفتحت أبواب الخصام وعمّت البلوى، ونصّ المختصر وحدَه كاف في ذلك حيث قال : «وإن أبرأ فلانا مما له قِبله أو من كل حق أو ابرأه بَرِئَ مطلقا، إلى أن قال : فلا تقبل دعواه وإن بِصَكٍّ».

وفي المعيار نقلا عن ابن العطار وغيره من أئمة التوثيق ما نصه :

إذا انعقد في كتاب الصلح إسقاط البينة لم يكن للمدَّعي بعد ذلك قيامُ بها، سواء كان عارفا بها أو غير عارف بها. ونحوُه في الحطاب نقلا عن البرزلي ناقلا

له عن تعلقة التونسي قائلا في آخره : وهذا باب عظيم إن فتح للخصام بطلت به حقوق كثيرة وبينات محققة، وسدُّ هذا الباب واجب، ويشهد لما قاله مسائلُ متعددة في نوازِلِ ابن رشد والله أعلم. (هـ). وقال ابن هشام في المفيد : كل ما أشهد به العاقلان البالغان فليس لواحد منهما أن يحله دون رضَى صاحبه. (هـ).
بل ولو تراضيا هنا على نقضه لم يجز، ولذا قال بعض المتأخرين في جواب له عن نحو النازلة ما نصه : الحمد لله، من المقرّر في الأذهان والأفهام عند الخاص والعام أن رفع النزاع والشغب بين الخصوم، مِن الأمر المتأكّد المحتوم، وهو المقصود من الحكام والأمراء وجميع ولاة الاسلام، وعليه فإذا رام أحدُ الخصمين الرجوع الى المخاصمة والمنازعة بعد انحسام مادتها وانقطاع حبلها، فلا يمكّن من ذلك بوجه ولا بحال. قال في التحفة :

ولا يجوز نقض صلح أبرِما وإن تراضيا وجبراً أُلزما

وقال العلامة البرزلي : إذا ثبت الصلح بوجه جائز بعد أن تناكرا لم يجز نقضه لأنه رجوع من معلوم الى مجهول. ومن أحكام ابن حبيب عن مطرف : كل مصطلحين تم صلحهما وأشهدا عليه، ثم أرادا نقضه، ويرجعان للخصومة لا يجوز، لأنه من وجه المخاطرة، وأجمع أصحابنا عليه. (هـ). ونقله بعض شروح التحفة وسلّمه، ثم نقل جوابا للعلامة أبي القاسم السجلماسي عن نحو المسألة. قال في آخره:وهذا باب عظيم إن فتح للخصوم بطلت فيه حقوق كثيرة وبينات محققة، وسد هذا الباب واجب. (هـ). ونقلَه بعض المتأخرين وسلمه وهو مقيد بالتسليم. (هـ).

وإذا تقرر هذا علم أن ما رامه هذا المدَّعي من نقض الصلح إنما هو محض خيالات وأوهام كمن يتطلب رجوع ما مضى من الشهور والأعوام. وأما ما قاله أولئك الفقهاء في فتاويهم من فسخه فغلط واضح، إذ لا يقول أحد بنقض ما هو ثابت بعدلين مبرزين بمجرد قول المدَّعي، وإلا كانت شهادة العدول غير معتَبرة. وقول المدَّعي بمجرّده هو المعتبر، ولا يخفى على أحد أن هذا عكس الشريعة المطهرة. وأيضا من القواعد المقررة حسبما في الفائق وغيره أنّ كل من ادَّعى خلاف

ما في الرسم فقوله غير مقبول. وما اعتمدوه من العمل بالقرائن فعلى تسليمه وإن كانت منتفية هنا، غير معتبر، ولا معمولَ عليه في هذا الباب. ففي نوازل العلمي أن الإمام سيدي عبد القادر الفاسي رحمه الله سئل عن امرأة نزلت بها مَظْلَمَةٌ من أقاربٍ لها، فرفعتهم شاكية لمن له دعوى الانتصاف منهم، فلما نزلت ببابه وبثت شكواها قال لها : هبْ لي مالا كذا وكذا ففعلت مُلْجَأَةً بما ذكِر، والحال قاض بصحة مقالها في عدم البينة من حيث ان مثلها لا يهب لمثل ما ذكر لشوكته وغناه وفقرها واضطرارها، فهل سيدي تصدق في دعواها هذه بيمين وتبطل صورة الهبة لترجيح قولها بما ذكر أم لا ؟

فأجاب : إن السؤال يشير إلى أن ما وقع من هذه المرأة إنما كان على وجه الإكراه والإلجاء إشارةً جميلة لم يصرح فيها بصورة الإكراه الذي يمنع من ترتب الأحكام وصحة العقد معه، ولا بد من ثبوت ذلك، ولا يكفي مجرد الدَّعوى.

ففي جواب لأبي سعيد بن لب أن إنسانا سلم لأخيه في متروكه من أمه، ثم قام بعد أعوام من موت أخِيه مدَّعيا أنه سلم خوفا من أخيه لتهديده بالقتل، وأنه كان من أهل الشر والجرأة والقتل.

فأجاب : قد وقفت على الاسترعاء بالقدّح في التسليم من جهة الخوف والتهديد، ولم أره كافيا، لأن المطلوب في ذلك أن يؤدي الشهود على حضورهم في تاريخه، وأنهم سمعوا التخويف إذ ذاك حتى وقع التسليم في موطنه، ولا يكفي قدم التخويف على التسليم في غير مجلسه، ولا يعلمون ما اتفق في وقته وتاريخه. والاسترعاء المشار إليه تضمن أمرا جُمَلِياً في ذلك إذ لم يعين فيه حضور موطن التسليم، وأنه كان على ذلك الوجه، وإنما طريقة هذا الاسترعاء أن يقول شهوده : حضروا موطنا سمعوا فيه فُلانا يخوف فُلانا، ويهددهُ أن يسلم له في كذا، فلم يزل به كذلك سائلا ذلك ومخوِفا حتى سلم لمكان تخويفه وتهديدهُ. (هـ). فانظر إلى نصوص الأئمة المصرحة بأنْ لا عمل في هذا الباب على القرائن مع أن المدّعية في هذا النازلة امرأة ضعيفة، وادَّعت الهبة على متولي الأحكام حين نزلت بها مظلَمة، فلم يعتبر قولها، فكيف يعتبر قول المدَّعي هنا مجردا عن البينة، وما زعموهُ من أن

مجرد الرفع للمخزن يفيد الإكراه ليس بصحيح بل مخالفٌ لنصوص الأئمة، إذ كما يجوز الرفع للقاضي يجوز للمخزن إلا في مسائل ليست هذه منها. ابْنُ سهل رحمه الله : ومن ادَّعى عليه بغصب أو بسرقة فترافعا إلى السلطان، ثم صالح المدَّعي بدنانير وهو منكر، وقال للشهود عند دفع الدنانير : إنما أعطيتها خوف السلطان وضرب السياط وما له عندي حق، ثم أراد الرجوع فيما صالح به فقال : ليس له ذلك، وإلى من يتداعَى الناس إلا للسلطان، إلا أن يكون المدَّعي معروف الاتصال بذلك السلطان فينظر الحاكم في ذلك على قدر ما يرى. وكذلك زعمهم أن تصرف هذا المدَّعي المدة الطويلة يعضد الإكراه ليس بشيء أيضا، إذ محل اعتبار الحيازة شرعا إذا كانت بموجب لا إن كانت خالية منه كما هنا، فلا عبرة بها، بل لو كانت عند هذا المدَّعي شبهة فقط ما رضي بهذا الصلح، ولا ادَّعى إليه بحال. وفي التحفة :

والأجنبي إن يَحُزْ أصلا بحق ... عشرَ سنين فالتملُّكَ استحَقّ

فانظر قوله بحق. قال الشيخ التّاودي (أي بوجه شرعي كشراء أو إرث لا بغصب)، أو قال : لا أدري. من أين صارت لي إلا أني أتصرف منذ عشر سنين على عينه خلافا لما في ميارة. قال ابن رُشد : معنى قوله في المدونة ادعاه مِلْكا لنفسه، أن يقول : اشتريته منه أو وهبه لي أو تصَدَّق به علي، أو يقول : ورثته عَنْ أبي أو عن فُلان، ولا أدري بأي وجه صارَ إلى الذي ورثته عنه. وأما مجرد دعوى الملك دون أن يدَّعي شيئا من هذا فلا ينتفع به مع الحيازة إذا ثبت أصل الملك لغيره،وبالله التوفيق. (هـ).

وكذلك قولهم لو كانت الدَّعوى بينهما تجري عند قاض لكان جميع ما ذكره وحكاه بمقال وجواب، من نمط ما قبله أيضا، لأنه يقتضي أن كل دعوى بين الخصمين إن كانت عند غير قاض فلا عبرة بها، وهو مخالف لنص ابن سهل المتقدم، ولغيره من النصوص الشرعية، إذ الخُطَطُ الشرعية غير مقصورة على القاضي كما هو معلوم من أول الزقاقية. فكما يصح التداعي عند القضاة يصح عند غيرهم من الولاة. نعَمْ القاضي يختص بأمور لا يحكم فيها أحد سواه وليس

هذا منها. وأما نقل كلام التسولي المتضمن أن القاضي إذا أمر بالصلح ولم يبين للمدَّعي حقه فله نقض الصلح والقول قوله أنه لم يبين له، فلا مسيس له بهذه النازلة أصلا. أما أولا، فليس هنا قاض بالكلية، وليس في ذلك الصلح ما يشم منه أمر الحاكم به، بل المفهوم منه أنه وقع باختيار المصطلحين حسبما صرح بذلك شاهِدَاه. وأما ثانيا فإن هذا الحاكم المشار إليه هنا غير فقيه، والمدَّعي هنا أحد الفقهاء الأعلام، فكيف يتصور في هذه النازلة أن يبين غير الفقيه للفقيه حقه، إذ المدَّعي هنا أعرف من الحاكم، فلا أدري كيف يتنزل هذا الكلام هنا. وقولهم فلا أقل أن يلزم المتمسك به اليمين، بل لا تسمع دعواه فضلا عن ايجابها اليمين كما تقدم في نص المختصر «فلا تقبل دعواه وإن بصك»، ولو أوجبت دعواه اليمين لم يكن لإبرائه وإسقاطه كل حجة يقوم بها في المستقبل كما في الصلح فائدة. وأما قولهم : قاعدة المذهب أن كل يمين نكل عنها الخصم انتفع المدَّعي بنكوله توجهت...الخ، فغَلطٌ، إذ موضوع هذه القاعدة حيث كانت اليمين متوجهة شرعا فهاهنا ينظر إلى نكول من توجهت عليه، فإن انتفع المدَّعي بنكوله وجبت، وإلا فلا. وأما إذا كانت غير متوجهة شرعا كما هنا لإشهاد المدَّعي في عقد الصلح أنه أسقط كل حجة يقوم بها فلا تجب،ولو انتفع المدَّعي بنكوله كدعوى النكاح والطلاق والعتق ونحوهَا، فهذه كلها لو نكل المدَّعَى عليه فيها عن اليمين انتفع المدَّعي بنكوله، ولكن لا تجب فيها اليمين على المدَّعَى عليه لأنها غير متوجهة شرعا،والله أعلم. قاله وقيدهُ عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به.

وسئلت عمن أُطلق من الحجر وأُعلِم بالتركة وبالصائر وما دخل وما خرج جملة وتفصيلا وأبرأ وصيه من ذلك إبراء عاما، ثم قام بعد ذلك على الوصي وقال : إنه كان ظن أن التاجريْن اللذيْن أوقعا الحساب مع الوصي ناقشاه في الحساب، والآن تبين له أنهما لم يناقشاه، فصالحه الوصي بستمائة ريال، ولما تم الصلح بينهما سأل الوصيُّ عن ذلك بعض أهل العلم فأخبره أن الإبراء لازم، وأنه لا يستحق عليه شيئا من تلك الدراهم، وأن له ارتجاعها منه، فلما سمع ذلك أراد نقض هذا الصلح، فهل له ذلك أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، حيث أطلق الفقيه الزبير من الحجر وأُطلع على زمام تركة والده وما وجب له في السكة والغِلل والأكرية والصائر من لدن وفاة والده داخلا وخارجا، وعلِم ذلك جملة وتفصيلا، وأشهد أنه سلَّمه بالتسليم التام وأبرأ أخويه من ذلك الإبراء العام، مشهِدا أنه مهما قام بعد ذلك فقيامه باطل...الخ.
ثم قام بعد هذا الإبراء بأزيد من خمسة أعوام يريد نقضه، زاعما أن التاجريْن اللذيْن سلما زمام تركة والده لم يصدر منهما بحث في بعض الفصول، كانت دعواه غير مسموعة، وحجته المذكورة داحضة غير مقبولة، بل كل ما يقوم به من الحجج لا عمل عليه ولا التفات بحال إليه، عملا بما أقر به وأشهد على نفسه من إبطال حجته كلها ودعاويه بأسرها. ففي نوازل الزرهوني ما نصه :

وقع السؤال عن امرأة توفيت وأحاط بميراثها أولادها : ذكرٌ وثلاثُ بنات، وتوصل كل منهم بواجبه فيما عدا الأصول، وأسقط كل منهم عن الآخر جميع الدعاوي والأيمان وبينات السر والإعلان، وتبارءوا فيما بينهم بالإبراء التام حتى الآن ادعى الأخ أنه كان قضى عن أمِّه دينا من ماله الخاص به وأتى على ذلك ببينة لفيف.

فأجاب الشريف القاضي سيدي عبد الواحد بوعنان بأن هذا القائم على أخواته، المطالِبِ لهنَّ بما أداه من ماله عن أمه لا يسمع قوله ولا يلتفت لدعواه، لكونه وقع الفصل بينه وبينهن في متخَلَّف أمهم ولم يبقَ لِأحدٍ منهم قِبَلَ الآخَر مطلَب، كما أنهم تفاصلوا بينهم بسبب الصلح فيما ادَّعاه هو وتبارءوا بالابراء التام المطلق العام، وذلك كله ظاهر واضح في شموله للمتخلّف عنها وللصوائر التي صارت في متخلفها، فقد ابطل هذا القائم حقه إن ثبت ذلك بموجب حيث أبرأ أخواتِه، وقد قال خليل في مختصره : «وإن ابرأ فُلانا مما له قِبَلَه أو من كل حق أو أبرأه بَرِئَ مطلقاً، ثم قال : «فلا تقبل دعواه وإن بصك». قال الزرقاني في شرحه : وإذا أبرأ بصيغة من الثلاث يعني مما له قِبله، أو من كل حق، أو ابرأه، فلا تقبل دعواه عليه بنسيان أو جهل، أو أن الابراء إنما كان مما فيه الخصومة فقط وإن بصك علم تقدمه على البراءة أو جهل ولم يحقق الطالب شيئا. (هـ). ثم قال

بعد كلامٍ : الحاصلُ أن هذا القائم في صورة السؤال لا يلتفت لدعواه ولا ينصت لمقاله، والله أعلم. (هـ).

وبعده الحمد لله، الجواب أعلاه صحيح، وبمثله يقول يعيش بن الرغاي وفقه الله. (هـ). وبعده، وبصحة ما تضمنه الجواب المصحح أعلاه يقول، وعليه يوافق عبيد الله تعالى علي بن أحمد الشدادي كان الله له. (هـ) باختصار.

وقد سئل الشيخ التّاودي كما في أجوبته عن نحو هذه المسألة، فأجاب بمثل هذا الجواب. وكذا سئل العلّامة السجلماسي شارح العمل الفاسي عنها، فأجاب بمثله. ونصوص العلماء متظافرة على ذلك، لا حاجة للتطويل بها. وعليه فما قبضه الفقيه السيد الزبير المذكور من أخويه يجب عليه رده إذ لا شبهة له فيه. وفي المختصر : «ولا يحل أي المصالَحُ به لظالم إلا أن يسامحاه فيه على وجه التبرع. وفي فصل القراض من شرح التحفة للتسولي ما نصه : لو قال العامل بعد المقاسمة ودفع المال لربه بربحه : أنفقت من مالي ونسيت الرجوع به قبل القسمة أو نسيت الرجوع بالزكاة ونحو ذلك، فإنه لا يصدق بمنزلة من ادّعى الغلط بعد المحاسبة. قاله ابن يونس وابن رشد. البرزلي : وسواء قام بالقرب أو بعد طول، وهو الصواب...الخ، وفي هذا مع سطر فوقه كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عمن ادَّعى على عمه بأن جده أنزله منزلة والده فأجابه عمه بالإنكار، فتصالحا على الدّعوى بثلاثين مثقالا وتبارءا بالإبراء العام، وذكر المدعي أن رسم التنزيل خرج من يده لأن الشيخ (أي الحاكم عليهم) حازه منه لكون شهيديْه رجعا عن الشهادة...الخ. وأشهد أيضا أنه مهما قام يدعي به فدعواه إفك وزور...الخ. ثم بعد مدة طويلة جدا قام يدعي به، وساعدَه بعض من ينتمي للعلم على هواه وأفتى له.

فأجبت : الحمد لله، الصلح بالمشار إليه صحيح معتبَر بلا إشكال، والطمع في نقضه إنما هو من دعاوي المحال، وما سطر في نقضه من الفتاوي أعلاه فكله واضح البطلان، بحيث لا يَصْدُرُ من كاتبيه إلا مع غفلة أو نسيان.

وبيان ذلك أن قول المفتي الأول : فالمدَّعي قد ادَّعى على عمه بأشياء من التركة قد اشتملت على عين وطعام وعقار، إلى قوله : والصلح على الجهل لا يجوز، وفيه رِباً معنوي، غير واضح لأمرين :

أحدهما، أنه ليس في الصلح المذكور دعوى بغبن ولا طعام ولا غير ذلك مما قاله، بل صدر عنه ذلك من غير تأمل، وإنما في الصلح المذكور الدعوى بالتنزيل والإنكار لا غير كما هو مشاهَد، وذلك لا يتضمن تركة أصلا وإنما يتضمن اليمين، إذ هي الواجبة شرعا في جواب المدَّعَى عليه بالإنكار. فالمفتي لم يعتبر الدَّعوى المصرحَ بها في رسم الصلح ولا لازِمَها الذي هو اليمين، بل اعتبر لازم الدعوى بتقدير إقرار المدَّعى عليه أو إقامة البينة بها، وذلك بمعزل عن الصواب.

ثانيهما، أن ما اعتمده من كلام التسولي مخالِف للنقل، لأن من ادَّعى في تركة بعين وغيرها ثم اصطلح بعين وأشهد في رسم الصلح أنه أسقط كل بينة يقوم بها فلا بأس بصلحه. قال في المعيار : أجاب صاحبنا الفقيه الصالح سيدي محمد السنوسي أكرمه الله بما نصه : الحمد لله، الصلح المنعقد في الرسم أعلاه بيْن عمر ومحمد صحيح لا قدح فيه ولا خلَل يعتريه، ودعوى محمد أنه كان من جملة دعواه قبل انعقاد الصلح أن في التركة دنانير وعروضا، فوقع الصلح على جميع ذلك بذهب دعوى لا تسمع لإشهادِهِ على نفسه في عقد الصلح بإسقاط الدعوى، هكذا نص ابن سهل والمتيطي وغيرهما. وكذلك لو أقام بينة تشهد بأنه كان يدعي هذه الدعوى قبل الصلح لا عملَ عليها ولا يلتفت الحاكم اليها، لقوله في عقد الصلح، ومهما قامت بينة تبطل هذا، فهي باطلة وزور آفكة لا عمل عليها...الخ.

وأجاب موافقا معه وبأبسط منه، صاحب المعيار، أنظره في نوازل الصلح. وكذلك قول التسولي : وإبطال الدعاوي والبينات إنما يعمل به في حق العبد لا في حق الخالق سبحانه...الخ، ليس بصحيح أيضا. ففي نوازل الصلح من المعيار نقلا عن الإمام السنوسي ما نصه : قوله في رسم الصلح : مهما قامت بينة تبطل

هذا فهي كاذبة مما يصحح عقد الصلح المذكور، لأن القائم بالرسوم المشتملة على بطلانه وفساده قد أشهد بكذبها وإفكها، فقيل له : الفسخ الآن من حق الله، ومن المنكَر الذي يجب تغييره، فقال : لا فرق في هذا بين حق الله وحق العبد. (هـ).

وقال في المعيار أيضا بعد كلامٍ، ما نصه : قلت : وهذا كالنص على أن ما التزمه محمد من إسقاط البينة المستلزم لإسقاط الدعوى لازم له، عامل، وإن كان الحق لله سبحانه. (هـ). وقال أيضا : قد رجع محمد عن الدعوى المذكورة وأكذَبها بما عقده على نفسه وأشهد به أخيرا من تزوير بينته أن لو قامت بأصالة العين في تركة الهالكة المذكورة، ولا فرق في هذا بين ما تمحض فيه الحق للحق سبحانه وتعالى أو تمحض لمخلوق، ولم يحك الموثقون في أعمال تزوير البينات في النمطين خلافا فيما رأيت. قال المتيطي في صلح النهاية : وهو من دقيق الفهم، وقلّ من يعرفه.

قلت : وهو أيضا دليل جواب الشيخ ابن عبد الله بن عتاب رحمه الله، قف عليه فقد أطال النفس. وقول التسولي أيضا : وهذه المسألة تقع كثيرا، وفيها من الرِّبَا المعنوي ما أشار اليه خليل...الخ، غير مسلم أيضا، بل لا رِباً فيها أصلا لا حسي ولا معنوي، لأن المدعِيَ لما ادَّعى بالعين في التركة أولا في المقال وأكذب دعواه في رسم الصلح أخيرا اضمحلت دعواه بالكلية ولم يبق لها أثر كما أشار له في المعيار بقوله : وليس إعمال قوله أولا وإهماله ثانيا بأولى من العكس، وإن لم يكن الثاني ناسخا للأول ومبطلا له، فلا أقل من تكافئها فيسقطان...الخ، وأما قول المفتي سدده الله على أن هذا الصلح فيه من الريبة ما لا يخفى، إلى قوله بأن المتروك المدعى به يساوي ما ينيف على أربعين ألفا، فقد علمت أن رسم الصلح برىء من هذه الدعوى، وأنه ليس فيه حتى الدعوى بما يساوي مائة، فضلا عن أربعين ألفا، ولعلّه اعتمد على قول الخصم له أو على المقال الحادث الآن، وأعرض عن رسم الصلح، وذلك كله مما لا معنى له.

وكذا قوله : فكيف يصح عادة صلحه عن ذلك بثلاثين مثقالا...الخ.

باطل أيضا، إذ حيث كان الصلح عن مجرد الدعوى فقط، فلا غرابة في كونه بثلاثين مثقالا أو أقل، على أن الثلاثين مثقالا في ذلك الوقت لها بال وشأن عظيم وقوله حفظه الله : من أوضح الأدلة على بطلانه عدم جريانه على المنهج المدَّعَى من ايقاعه بظهر رسم التنزيل...الخ، باطل أيضا من وجهين : أحدهما، أن المدعي معترف في رسم الصلح بأن رسم التنزيل خرج من يده، وأن الشيخ حازه منه لكون شهيديه رجعا عنه، وعليه فالكتابة في ظهر الرسم والحالة هذه متعذرة لا تمكن. ثانيهما، أنه لا قائل من الأئمة بأن الصلح لا يكون إلا بظهر رسم التنزيل، والفتوى لا تجوز بالشاذ، فضلا عما لم يقل به أحد، رالله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني العمراني لطف الله به.

وسئلت عن فريقين من الورثة حكَّموا بينهما عالمين كبيرين بفاس في أصول بينهم، أمرها متشعب جدا لطول زمانها واختلافِ فرائضها وكثرة مناسخاتها...الخ، فأشارا عليهم بالصلح فيها على أن من له حظ كثير في فريضة من الفرائض المشار إليها ضاف لحظه في الفريضة التي له فيها حظ يسير، ويكون له حظ متوسط بين الحظين، فجددت الفرائض حينئذ وعمل فيها بما أشار به العالمان المذكوران من ضم الكثير للقليل واستخراج حظ وسط بينهما، فرضي بذلك الفريقان بعد أن علموا به علم تفصيل، وأشهدوا أنهم سلموه بالتسليم التام، والتزموا المخارجة في الأصول الخارجة عن فاس لا غير، ثم رام أحد الفريقين نقض ذلك الصلح، فهل له كلام أو لا ؟

فأجبت : الحمد لله، حيث كان الأمر مشكلا حسبما في الشهادة أعلاه، وأشار الفقيهان الجليلان العالمان المحكَّمان في النازلة على الفريقين بالصلح بنصيب وسط بين التصيبين، فرضوا به بعد أن عِلموه علم تفصيل وسلموه بالتسليم التام...الخ، فذلك لازم لهما بلا كلام، والطمع في نقضه وحله إنما هو من التشغيب وكثرة الخصام بل لو تراضيا (أي الفريقانِ بأجمعهم) على نقض هذا الصلح لم يجز، كما قال في التحفة :

ولا يجوز نقض صلح أُبرما وإن تراضَيا وجبراً أُلْزِما

وهو صريح في عين النازلة فلا يجوز العدول عنه، وكما لا يجوز نقضه للفريقين معا ولا لأحدهما، كذلك لا يجوز نقضه لقاض ولا لمحكَّم آخر، وذلك لأن حكم المحكِّم نافذ كالقاضي سواء. ففي المواق عند قول المختصر : «وتحكيم»، ما نصه من المدونة وغيرها : لو أن رجلين حكَّما بينهما رجلا فحكم بينهما امضاه القاضي ولا يرده إلا إن كان جوراً بيناً. ابنُ عرفة : ظاهره، لو كان مخالفا لما عند القاضي. ابن حارث : قال ابن القاسم : ليس له فسخه، وإن خالف رأيه. وما أشار به المحكّمان على الفريقين من الصلح صواب في غاية الحسن، لما ذكره الفقهاء من أن الحاكم يدعو إليه حيث كان في أمر الخصمين إشكال. ففي المواق ما نصه :

قال سحنون : وإذا كانت شبهة وأشكل الأمر، فلا بأس أن يأمرهُمَا بالصلح. (هـ). ونحوه قول الْمُغْرِب : واحْرِصْ على الاصلاح ما لم يتبين لك القضاء. وقول سحنون في جوابه : بحيث إن كان في أمر الخصمين شبَه وإشكال، فلا بأس أن تأمرهما بالصلح...الخ، نقلهما في الكواكب السيارة، وكذا ما التزمه الفريقان من المخارجة في الأصول الخارجة عن فاس، هو لازم لهما أيضا، لما فيها من تقليل الخصام وحسم مادة النزاع.

ولا يقال : إن المخارجة بيع من البيوع، ومن التزم بيع شيء من متاعه بالقيمة لا يجوز ولا يلزم كما في المختصر، لأنا نقول : محل ذلك في قسمة المَراضاة، فهي المحكوم لها بحكم البيع كما في المختصر، حيث قال : ومراضاة فكالبيع. والنازلة هنا من القرعة وليست ببيع كما في المختصر، حيث قال : وقرعة وهي تمييز حق، والله أعلم.

والحاصل أن كل من رام نقض ذلك الصلح من الفريقين لا يلتفت إليه ولو أقام بينة تشهد له بما يرومه إذا كانت متقدمة عليه، لإشهاد كل منهما في عقد الصلح بإسقاطها وعدم الاعتداء بها. ففِي التبصرة لابن فرحون نقلا عن ابن رشد ما نصه : إن تقيد عليه في عقد الصلح أنه أسقط البينات لم يكن له القيام، سواء

كان عالما بها أم لا، ومثله في حواشي الشيخ بناني، أنظرها، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عن رجلين من فاس كانت بينهما دعوى ثم ذهبا لمكناس في المولد بقصد الزيارة فاصطلحا على الدعوى المذكورة به (أي بمكناس)، ثم لما رجعا إلى فاس أقام أحدهما بينة اللفيف أنه فعل ذلك الصلح مكرَها عليه، وأن قاضي مكناس سجنه حتى طاع بذلك الصلح، فأفتاه مفتيان بنقض الصلح المذكور.

فأجبت : الحمد لله، حيث شهدت بينة العدول أن المصالِحَ أوقع الصلح وهو بأتمه، فلا عبرة بقول اللفيف إنه كان مكرها، لأن معنى بأتمه أنه كان وقت الصلح بأتم ما يشترط فيه من الصحة والعقل والطَّوْع. قال الشيخ التّاودي في شرح الزقاقية : وقول الشهود بحال كما له يشمل العقل والطوع والرشد، فينبغي أن يعتبر في الأولين دون الثالث إلا مع التصريح به، والله أعلم. (هـ). وعليه فبينة اللفيف المشارُ لها، ملغاة، إذ لا قائلَ من العلماء بمساواتها للعدول، فضلا عن تقديمها، وهذا أمر معلوم عند كل من يتعاطى الفتوى.

ففي جواب لبعض المتأخرين ما نصه :

شهادة العدلين الشاهدين بالمفاصلة مقدمة على بينة اللفيف، لأنها أقوى وأرجح منها لا محالة. قاله سيدي محمد ميّارة عند قول اللّامية : وكثرى بغير عدول. ويدل لما قاله من الترجيح قول المختصر، التابع لابن الحاجب وابن شاس والمازري وغيرهم : «وبمزيد عدالة لا عدد»، إذ كلام هؤلاء في البينتين العادلتين، فكيف بينة العدول مع بينة اللفيف، فيكون تقْدِيم العدول على اللفيف أحرى من تقديم الزائد في العدالة على من شاركه فيها في الجملة. وفي نوازل سيدي عبد القادر الفاسي أن البينة العادلة مقدمة على اللفيف، إذ لا عبرة بكثرة العدد في مقابلة البينة العادلة. (هـ). وفيه كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي تاب الله عليه.

ورد سؤال من حضرة مراكش حاطها الله بمنه عن صلح وقع بين فرقتين، ثم أرادت إحداهما نقضه.

ثم أرادت إحداهما نقضه.

الجواب عنه : الحمد لله، من المقرر في الأذهان والأفهام عند الخاص والعام، أن رفع النزاع والشغب بين الخصوم، من الأمر المتأكد المحتوم، وهو المقصود من الحكام والأمراء وجميع الولاة، وعليه، فإذا رام أحد الخصمين الرجوع إلى المخاصمة والمنازعة بعد انحسام مادتها وانقطاع حبلها، فلا يمكن من ذلك بوجه ولا بحال. قال في التحفة :

ولا يجوز نقض صلح أبرما   وإن تراضيا وجبراً ألزما

وقال العلامة البرزلي ما نصه : إذا ثبت الصلح بوجه جائز بعد أن تناكرا لم يجز نقضه، لأنه رجوع من معلوم إلى مجهول. ومن أحكام ابن حبيب عن مطرف : كل مصطلحين تم صلحهما وأشهدا عليه ثم أرادا نقضه ويرجعان للخصومة لا يجوز، لأنه من وجه المخاطرة. وأجمع أصحابنا عليه اهـ، . ونقله بعض شروح التحفة وسلمه، ومِنْ جواب للعلامة أبي القاسم السجلماسي عن نازلة وهي أن رجلا ادَّعى أن له حقا في دار ولم يستظهر على ذلك بشيء ينفعه، فأشهد على نفسه شاهدين أنه أسقط دعواه في الدار المذكورة، وأنه لا حقَّ له فيها، ثم أراد أن يعود الى النزاع، فهل بعد هذا الإشهاد الصادر منه تسمع له دعوى أم لا، ما نصه :

الجواب، واللّهُ الموفِق للصواب، أنه لا تسمع للرجل المذكور دعوى بعد ما تقيد عليه في الوثيقة من نفي الحق فيها، وذلك منزل منزلة اللفظ الصريح بأن والده لم يترك له فيها حقا، ثم قال : وهذا باب عظيم إن فتح للخصوم بطلت فيه حقوق كثيرة وبينات محققات، وسد هذا الباب واجب اهـ. ونقله بعض المتأخرين وسلمه وهو حقيق بالتسليم. وقد افتى جماعة من المتأخرين في نازلة من نمط نازلتنا، وهي : ورثة تصالحوا بينهم وتبارءوا، ثم قام أحدهم يدعي أن الصائر الذي صيرو على الجنازة لا زال لم يقبضه، فأجابوا بأنه لا يمكن من ذلك ولا فائدة للصلح إلا قطع الخصوم، وهُمْ : العلامة سيدي علي بن عبد الواحد بوعنان الحسني، وسيدي يعيش الشاوى، وسيدي علي الشدادي.، ولولا الاطالة لنقلت كلامهم

برُمّته، والمسألة في غاية الوضوح كشمس نهار، وقيده لسائله الفقير الفاني محمد بن التهامي الوزاني كان الله له.

الحمد لله، المسطّر أعلاه صحيح. ففي نوازل الشريف العلمي ما نصه :

وسئل أيضاً (أي عبد الله القوري) عن رجلين كانت بينهما خصومة، ثم إنهما اصطلحا على شيء معلوم وشهد عليهما بالصلح بعد ذلك، توافقًا على نقض الصلح والرجوع إلى الخصومة، هل يُتركان لمرادهما أم لا ؟ فإن المنصوص لابن سلمون أنهما لا يمكّنان من رجوعهما ويُجبران على إمضاء الصلح، بينوا لنا ما جرى به العمل.

فأجاب : ما نقلتم عن ابن سلمون، نقَله غيره كابن أبي زمنين في منتخَبه، ولم يذكر فيه خلافا، ونقل غيره فيه القولين. والذي عليه العمل أنه لا يجوز فسخه، لأنه ينتقل فيه من معلوم إلى مجهول. وبهذا أفتى شيخ الشيوخ سيدي أبو الحسن الصغير. ثم قال : قلت : وفي نوازل البرزلي أجاب المازري : إذا ثبت الصلح بوجه جائز بعد أن تناكرا لم يجز نقضُ الصلح، إذ هو رجوع من معلوم الى مجهول. ومن أحكام ابن حبيب عن مطرف كل مصطلحين تم صلحهما، وأشهدا عليه ثم أرادا نقضه ويرجعان للخصام لا يجوز، لأنه من وجه المخاطرة، ولا ينبغي للحاكم أن يدَعُهما، وكذلك قال أصبغ : وأجمع أصحابنا على قول مطرف (هـ)، وبالله التوفيق. وكتبه أفقر الورى إلى رحمة مولاه وعفوِه أحمد بن محمد بن الخياط الزكاري الحسني كان الله له. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما، والحمد لله رب العالمين. (هـ).

وأجبت : الحمد لله، ما سطر في هذا الصلح تام صحيح في غنى عن مزيد التصحيح، ولكن نزيده تأييدا فنقول : في آخر نوازل الصلح من المعيار نقلا عن جواب للعلامة الصالح سيدي محمد بن يوسف السنوسي ما نصه :

الصلح المنعقد في الرسم أعلاه صحيح. وأما دعوى أن في التركة دنانير وعروضا، فوقع الصلح عن جميع ذلك بذهب، فهي دعوى لا تُسمَع، لإشهادِهِ

على نفسه في عقد الصلح بإسقاط الدعوى. هذا نص ابن سهل والمتيطي وغيرهما، وكذا لو أقام بينة تشهد بأنه كان يدعي هذه الدعوى قبل الصلح لا عمل عليها، لقول ابن العطار وغيره من أئمة التوثيق : إذا انعقد في كتاب الصلح إسقاط البينة لم يكن للمدعي بعد ذلك قيامٌ بها، سواء كان عارفا بها أو غير عارف بها. وقال قبل المحل المذكور نقلا عن المازري ما نصه : إذا ثبت الصلح الأول على وجه جائز بعد أن تناكرا لم يَجُزْ نقضه، إذ هو رجوع من معلوم الى مجهول. ابن حبيب : لا يدعهما الحاكم لذلك. (هـ). وقال الحطّاب في شرح المختصر ما نصه : قال البرزلي في أثناء مسائل الأقضية والشهادات نقلا عن تعلقة التونسي ما نصه : رجل قام بعقد استرعاءٍ وطلب إثباته على رجل، فقال هذا الرجل : إنه ساقط علي بإشهاد هذا القائم على نفسه بقطع دعواه عني، وإن كل بينة مسترعاة قديمة أو حادثة فهي ساقطة. فقال القائم : إني لم أفهم هذ الوثيقة المنعقدة بيني وبينك وهي منعقدة على الكمال. جوابها، إن شهد بها فإنها تمضي على القائم، فإن قوله لم افهمها إبطال لها وتزوير لشهودها، وهذا باب عظيم، إن فتح للخصام بطلت به حقوق كثيرة وبينات محققة، وسد هذا البابِ واجب. ويشهد لما قاله مسائل متعددة في نوازل ابن رشد، واللهُ أعلم. (هـ) منه. وقيده المهدي لطف الله به.

وسئلت عمن ادّعى على أخته لتعمل معه الحساب في تركة أخيهما الهالِك، فوكّلت ولدها على ذلك فاصطلحا مع خاله بخمسمائة ريال وتبقى معلقة حتى يتفاصلا في دعوى الحبُس التي بينهما، فماتت الأم الموكلة قبل الفصل في الحبُس المذكور، وقبَضَ الخال من ولدها الذي كان وكيلا العِدة المذكورة المصالَحَ بها، وتبارءا في الدعوى، ثم قام الولد وأثبت بالبينة أنه لم يزل سفيها، وادَّعى أن خاله المذكور قبضه في السجن حتى أعطاه الخمسمائة ريال المذكورة.

فأجبت : الحمد لله، الصلح أعلاه باطل وعن طريق الحق عاطل، لأن الخال المذكور قبض من ولد أخته المحجور المذكور خمسمائة ريال ظلما وعدوانا، بدليل قول شاهدي رسم الصلح، حضر من ندبهما للصلح على أن تؤديه الأخت

المذكورة خمسمائة ريال عما يجب عليها مما ترتب له بذمة الهالك أخيهما، إذ كيف يجب على الأخت ما ترتب له بذمة أخيهما حتى تصطلح معه بالعِدة المذكورة مع أنه لا يواخذ أحد بغيره في الشريعة المطهّرة، بل هذا وشبهه من أكل أموال الناس بالباطل الذي نُهِيَ عنه كتابا وسنة، وذلك يصحح ما ادَّعاه المحجور في المقال من أن الخال المذكور قبضه في السجن حتى أعطاه العِدة المذكورة، ويصحح ما ادَّعاه أيضا قول شهيدي الصلح أنه (أي المحجور)، وكل في حال تغَلْغُلِ وغليان الدَّم الأخوين على عقد الصلح. ففي كلامهما ايماءٌ إلى ما قاله الآن هذا المحجورُ. ولو سلم فإن عقد الصلح لا يجوز في شيء حتى يعلم قدر المصالح عنه، وإلا فسخ، ولم يمض كما هنا لأنه بيع، ومن شروط صحته معرفة المثمن. قال في التحفة :

فجائز في البيع جازَ مطلقا فيه وما اتّقِيَ بيعا يتقى

وقال غيرُه :

جهلا وفسخا ونسا وحط ضع والبيع قبل القبض إن صالحت دَع

وأيضا في الصلح المذكور غرَر وهو من موانعه أيضا كما قال في التحفة :

وما أبان غررا بذا تصف...الخ. وبيانه أنهم عَلقوا اتمامه على الفصل بينهم في شأن دعوى الحبُس. وقد ماتت المرأة قبل الفصل المذكور. وأيضا فيه التأخير، وهو من موانعه أيضا. وأيضا هذا الصلح على الوجه المذكور إنما عقده وكيل الوكيل ولا مصلحة فيه. وقد صرحوا بأن فعل الوكيل إن لم يكن فيه مصلحة، باطل اتفاقا. وأيضا، فإن الذي به العمل أن الوكيل الخاص لا يوكل، فالصلح الذي عقده الوكيلان هنا غير منعّقد، ولو كان هذا المحجور الذي وكلهما رشيدا فأحرى وهو إلى الآن لم يزل سفيها. وبالجملة، فالخمسمائة ريال التي قبضها الخال من ولد أخته لا شبهة له فيها، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به.

نـــوَازِل الـضـمَـــان

الحمد لله، جوابكم الشافي ونصُّكُمْ المقنع الكافي قي نازلة شريكين ضمِن أحدهما للغير مالًا من غير أن يأذن له شريكه في ذلك ولا له به شعور. فهل، أيدكم الله وأبقى للمسلمين وجودكم يكون الضمان في مال الشركة، أم يكون الضمان في نصيب الضامن وحده ؟ وكيف إن قلتم في نصيب الضامن، فهل على شريكه يمين على نفي العلم وعدم الإذن، وكيف إن علم ولم يأذن ؟ أجيبوا عن ذلك كله.

الجواب : الحمد لله، إن كفالة أحد شريكي المفاوضة لا تلزم الآخر، لأنها من المعروف الذي لا يجوز لأحد أن يفعله إلا بإذن صاحبه، هكذا نص عليه في المدونة ، ولا يمين على الشريك إن ادَّعى عليه العلم فقط، إذ لا تلزمه الكفالة بمجرد العلم، فإن ادُّعِيَ عليه الإذن جرى في يمينه الخلاف المعلوم في توجيه اليمين في دعوى الكفالة، والله سبحانه أعلم. وكتب عبد الله محمد بن أحمد الغربي وفقه الله بمنه.

وسئل الشيخ الرهوني أبقى الله بركته عن مسألة وهي:رجل ضمن أخاه في مال لرجل، ثم أراد الضامن السفر فمنعه رب الدين، فأعطاه ضامنا بوجهه إلى سنة ونصف وسافر، فمرَّ لسفره سنة ثم مات ضامن الوجه.

فأجاب : الحمد لله، قد اختلف إذا مات ضامن الوجه، هل تبطل الحمالة وهو قول ابن الماجشون، أو لا تبطل. وهو قول مالك وابن القاسم وهوَ المشهور، وعليه فإن مات قبل حلول الأجل هل يطلب الورثة بإحضار المضمون وإلا غرموا أو لا يَطالبون إلا بعد حلول الأجل، فإن كانوا مأمونين ترك مال الهالك بأيديهم وإلا وقف منه قدر الدين، وهذا هو الذي صوّبه اللخمي، وعليه اقتصر عبد الباقي وسلم له ذلك، وعليه تجري نازلة السؤال وإن كانت ليست عين النازلة المنصوصة، لكنها تؤخذ منها بالأحرى، والله أعلم. (هـ).

وأجبت عما يفهم من الجواب، ونصّه :

الحمد لله، حيث كان الضامن إنما ضمن إحضار المرأة عند انقضاه ثمانية أيام وأحضرها عند انقضائها، فقد برئت ذمته من الضمان قَطْعاً وإن غابت بعد ذلك، وعليه فلا يكلف الآن ضامنها ولا ضامنه بإحضارها لانقضاء الأجل الذي وقع الضمان اليه. قال الشيخ أبو علي بن رحال في شرح المختصر نقلا عن الباجي ما نصه : فأما الحمالَةُ بالوجه على الإطلاق، فإن جاء الكفيل بالمتكفل به بريئ، ووجه ذلك أنه قد وفاه ما تحمل له به من إحضار وجهه، ثم قال : مسألة، وهذا إذا لم يعين لمجيئه به وقتا فمتى جاء بريئ، فإن ضرب لمجيئه أجلا فجاء به عند الأجل بريئ، قاله مالك في المدونة، لأنه قد أتى به على ما شرط فوجب أن يبرأ ولو تحمل بوجهه على أن يحضره بعد شهر فأحضره من الغد فإنه لا يبرأ حتى يأتي به عند الأجل، رواه أبو زيد في العتبية عن ابن القاسم. ووجه ذلك أنه شرط إحضاره في وقت معين فلا يبرأ بحضوره قبله. (هـ) منه، وفيه كفاية. والمسألة من الضروريات فلا حاجة للتطويل فيها، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عما يفهم من الجواب، ونصّه :

الحمد لله، حيث أعطى المدين ضامنَيْن مرضييْن بالمال، وقبِلَ الغريمان ذمتهما ثم أراد أن يسافر لجمع متاعه خشية ضياعه فله ذلك، ولا يمنع من السفر شرعا ولو كان بعيدا. قال الشيخ أبو علي بن رحال في شرح المختصر نقلا عن اللخمي : ومن كان عليه دَين فأراد السفر قبل حلوله لم يمنع إذا بقي من الأجل قدرُ سيره ورجوعه وكان ممن لا يخشى لرده ومقامه، وإن خشي ذلك منه أو كان معروفاً بالرد منع إلا أن يأتي بحميل (هـ)، وهو حسن غاية، وحق لا شك فيه عند من أنصَف، ومن ابتلي بالقضاء يعرف حسنه. وقال أيضا : وهذا (أي المنع من السفر) إذا لم يعط وكيلا بالقضاء وإلا فله السفر، هذا هو المذهب، ولا يعزله أيضا على أصلِ المذهب، وإن اختارَ بعض المحققين جواز عزله بِبَدَلٍ لا مطلقا. وكان المصنف أيضا رأى أن هذا أمر ظاهر، لأن منع المدين من السفر معلل والوكيل المذكور يدفع العلة المذكورة وهو عدم من يدفع الدين لربه عند حلول

الله به. (هـ).

وفي خط سيدي محمد بن أبي قاسم السجلماسي رحمه الله ما نصه :

سئل كاتبه كان الله له عما يظهر من الجواب :

فأجاب، والله الموفق بمنه للصواب : إذا كان مَنْ عليه الديْن عند حلول الأجل موسِرا ببعضه خاصة، فأخرَهُ ربُّ الديْن أجلا آخر بحميليْن تحملا له بجميعه، فالحمالة فاسدة غير لازمة. ففي سماع أشهب وابن نافع من كتاب الحوالة والكفالة، قال سحنون : سمعت أشهب وابن نافع يقولان :

سئل مالك عمن كانت له على رجل مائة درهم، فسأله أن يّنظِره ويتحمل له بها حميل. قال لا بأس بذلك. قال محمد بن رشد : معناه إذا كان مَلِيا، وذكر وجه الجواز، ثم قال (أي ابن رشد) : ولو كان معسِرا إن قام عليه لم يجد إلا بعض حقه لما جاز أن يدخره بالجميع على أن يعطيه حميلا أو رهنا لأنه يصير سلفا جر منفعة، إذ لو لم يدخره وقام عليه بحقه لوجب أن يدخره ببعضه لقول الله عز وجل : « وإن كَان ذو عسرة فنظِرة إلى ميسُرة »، فيصير إذا أخره بما كان يجد عنده من حقه لو قام عليه أن يعطيه حميلا أو رهنا بالباقي، وذلك لا يجب عليه. (هـ). ولا يخفى محل الاستدلال منه، وفي السماع المذكور من كتاب المِدْيان نحوه مختصرا : ومفهوم قوله بالجميع جواز التأخير بالموسر به أو بالمعسر به فقط على حميل، وهو كذلك مصرح به في جواهر ابن شاس ومختصر ابن الحاجب والشيخ خليل. وبين في التوضيح معنى المتن بقوله : كما لو كان عليه مائتان وبيده مائة جاز أن يدخره بما هو موسر به بضامن ولا مانع، وكذلك المعسر به لأنه تبرع بالضامن ولو ضمنهما منع، لأنه سلف جر منفعة إذ تأخيره بالمائة الموسر بها سلف، وانتفع بالضامن في المائة المعسر بها، قاله اللخمي وصاحب البيان. (هـ). وفي نصوص هؤلاء الأئمة الأعلام كفاية لمن قلدهم، وبالله التوفيق. (هـ). وقيد في المسألة العلّامة المقدس السيد عبد السلام بن أبي يعزى حركات السلاوي رحمه الله ما نصه :

الأجل، ولذلك قال الحطاب : أهل المذهب كلهم مصرِّحون بهذا القيد. (هـ). ومثله للزرقاني والحطاب في شرحي المختصر : وعند غير واحد من العلماء، ولا قائل منهم بأنه يمنع من السفر، إذا أعطى ضامنا بالمال ولا سيما حيث قبل الضامنين الغريمان، فلم يبقَ لهما كلام بحال إلا التعنيت.

وقال ابن فرحون في التبصرة : وفي العتبية لابن القاسم في الغريم يريد سفرا فيتعلق به صاحب الحق ويقول : إنك تريد سفرا وأنا أخاف أن يحل أجل دَيْني وأنت غائب، ولكن أعطني حميلا إن غبت عني يقوم لي بحقي. فقال : ينظر في ذلك السلطان، فإن رأى أن الأجل يحل قبل أن ينقضي سفره لبعد المكان الذي يريد، كان عليه أن يجعل له حميلا، وإلا لم يكن عليه حميل. (هـ). ونقله أبو علي أيضا، وقال : نقل كلام العتبية في المفيد، ثم قال بعده : أنظر على هذا إذا بعد أمر الديْن وأراد الغريم أن يرتحل عن ذلك البلد الذي عامَلَه فيه إلى بلد سواه بأهله وولده، فينبغي أن يَلزمه حميل بالحق. (هـ). وفي هذا القدر كفاية، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به.

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد رسول الله وبعد، فقد حرر المفتي أعلاه ما يجب على المنصف الوقوف عنده ولا يتعداه، إذ مع الحميل لا كلام لذي الديْن، لا سيما والحميل ابتداءً غير لازم، وإنما هو تطوع من الأشراك بعضهم لبعض، وقد رضي كل واحد بما عينه له الآخر كفيلا، فلا كلام للأبي منهم حينئذ، إذ لا أرَبَ له إلا الإضرارُ بصاحبه. وقد قال عليه السلام : لا ضرر ولا ضِرار، أنظر كتاب الفلس من شروط المختصر، ففيه ما يكفي ويشفي، وبالله التوفيق. قاله وكتبه عبد ربه العباس بن أحمد التازي لطف الله به.

الحمد لله، ما سطر أعلاه صحيح، فإن منع المدين من السفر مقيد بقيود.

منها ألا يكون قد أعطى حميلا كما للمختصر وشروحه وهو فقه مسلم، سيما وقد عرف رب الديْن الضامنيْن وقبِلَهما، فلم يبق له فيهما كلام. وقد ألم المفتي صدره بنصوص المسألة، وعليه يوافق أبو عبد السلام بن محمد الهواري لطف

الحمد لله وحده، حيث كان المدين مالكا في الوقت الذي ضمنه فيه فلان ما لا يفي بجميع ما عليه من الدَّيْنُ، وكان المدين وقتئذ حالّا على ما أقرّ به رب الديْن، كان إذ ذاك من أفراد الموسر بالبعض، المعسرِ بالبعض الذي لا تصح الحمالة فيه. وقد ذكر اللخمي وابن رشد مسألة المدين إن كان معسرا ببعض الديْن وموسرا ببعضه فأخره رب الديْن بجميع الديْن على إعطاء رهن أو حميل أنه فاسد، وتبعهما ابن الحاجب، وسلم ذلك ابن عرفة وابن عبد السلام والشيخ خليل في التوضيح وذكر ذلك في المتن. وقال المواق عقبه : لم يذكر ابن يونس إلا ما تقدم، يعني كلام المدونة. ونصُّها : لو حل الأجل فأخره على إن أخذ منه رهنا أو حميلا جاز، ثم ذكرتْ المنع فيما إذا أخره قبل حلول الأجل، وعللت المنع بالسلف بالنفع. ومن تأمل، علِمَ أن ما نص عليه اللخمي وابن رشد تقييد، وأن محل الجواز إن كان المدين موسرا بالجميع أو معسرا بالجميع فأخره بضامن أو رهن أو بالبعض، وأخره كذلك بالموسر به أو المعسر به. وأما إن أخره بالجميع، فتأتي العلة التي ذكرت في تأخيرِ ما لم يحل أجله إلى ما هو أبعد منه من السلف بزيادة، فليس كلام المواق اعتراضا على المتن، بل تنبيه على أن ابن يونس لم يقيدها، وغيرُه قيدها، ويكفي في ترجيحه تقييد ذَيْنِكَ الإماميْن وتبعية من بعدهما لهما كابن الحاجب والمختصر. وقدره ابن عبد السلام على نحو ما في الجواب أعلاه، والله أعلم. (هـ) بخط من ذكر بواسطة ثقة.

وسئل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك عن مضمون له سجن مضمونه، هل له مطالَبة ضامنه على ما عليه عمل أهل فاس من الخيار ؟ فأفتى بعض المعاصرين له بما في المختصر من أنه لا يطالب إن حضر الغريم مُوسِرا، وأن آخر قضاة العدل سيدي العربي بردلة قاضي فاس في حينه قال : لا عمل على الخيار المذكور.

فأجاب : إن المسألة تلَوّنَ فيها العمل، فالذي قاله سيدي العربي الفاسي ونظمه ناظم عمل فاس : إن صاحب الحق بالخيار. وقال اليزناسني على التحفة : إنه به جرى عمل فاس وأحوازها ومراكش، وهو القول المرجوع عنه للإمام . وقال

ابن ناظمها : هو الذي به عمل القضاة، والمرجوعُ اليه ما في المختصر، وبه أخذ ابْنُ القاسم، وعليه درج في الرسالة. قال ابن ناجي عليها : وعليه يعول أهل المذهب. وقال في شرحه على المدونة : إن ما أخذ به ابن القاسم ورواه ابن وهب هو الذي به الفتوى. وقال المتيطي : به القضاء، والمكناسي : به جرى العمل. وصرح ابن رشد : بأنها الرواية المشهورة . والقول بالخيار لا يقوي قوته وإن قال فيه ابن الناظم ما قال. وقال أبو علي : والذِي يظهر، العملُ بما في المختصر، وأطال في توجيه ذلك ناقلا عن اللخمي : إن للناس اليوم عادة في الحميل أنه إنما يراد للتوثق، وليس المراد أن يكون غارما، وإنما يطلَب عند عائق يعوق من أخذ المال من الغريم من فقر أو لدد أو جحده قائلا بعده : ما أبْيَنَهُ لمن أنصف، إذ هذا هو ما في ضمائر الناس، وانهم ينكرون قبض الضامن من قبل الغريم غاية مع حضوره وملائه. قال : فأنت ترى ما في المتن هو الراجح القوي من جهة دليله، وإنما الخلاف القوي عند اشتراط أخذ أيهما شاء، فكيف بهذا، وأيضا الحمالة معروف والمطلوب تكثيره، والبدء بالحميل مع حضور الأصيل وملائه يعد الناس من الحمالة غاية، فافهم فإن هذا لا يحيد عنه منصف، وكفى فيه كلام ابن رشد واللخمي. نعم، إن عرض عارض كأن يكون الأصيل ملدا أو ظالما فهذا عذر يبدأ بالضامن معه. (هـ). وهذا إن لم يشترط أن يأخذ بحقه أيهما شاء، وإلا عمل بشرطه مطلقا على المشهور من قولي ابن القاسم. وقد نظم العملين ناظم العمل المطلَق فقال :

ولا يطالَبُ الكفيلُ إن حضر　　　الأصل موسراً وَ ذا العمل مرّ
فاعتمدوا مَا عنه مالك رجع　　　يخير الطالب من شاء اتبع

ونقل في شرحه ما يؤيدهما بما فيه طول. وقد ذكر ما به عمل فاس شيخنا بناني، وبه رأيت فتوى شيخه وشيخنا وشيخ الجماعة سيدي محمد بن قاسم جسوس في جواب سؤال أتى من بلدنا. وبالجملة، المسألة فيها اضطراب داخل المذهب وخارجَه. نعم، مسألة السؤال لـمَّا رضي بمتابعة الأصيل لا مطالبة بفرعه إلا عند العجز، كما أنقَالُهم تدل عليه، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عن ملتزم التزم أداء كذا على أن يتخلى له عن كذا. وأفتى غيرِه أنه لا يلزمه شيء لأنه التزام معلّق وهو كالبيع.

فأجاب بما نصه : الالتزام المشار إليه من التزام المعلق على الفعل الذي فيه منفعة للملتزِم بالكسر، وهو حينئذ من باب هبة الثواب يشترط فيه ما يشترط في البيع إلا ما يجوز في هبة الثواب كما للحطاب في التزاماته، فحيث خلت العقدة من ملتزَم له بالفتح ومن قَبول ما التزَم له الملزِم بالكسر واعراض الراهن يتصرف في رهنه، فإن كان ينشيء أن لا شيء على الملتزم مما التزمه من أداء العدة، لأنه في مقابلة ما لم يتم كما هو واضح جلي، والله الموفق.

وسئل أيضا عمن التزم لصهره الاسكان في دار مدة العصمة ثم مات الملتزم وأراد بعض ورثته بيع حصته من هذه الدار لغيرِه من ورثة أبيه.

فأجاب : إنه لا يجوز له ولا لغيرِه بيع حتى تنقضي مدة العصمة بموت أو طلاق كما أفاده الحطاب في التزامه عن البرزلي في مسائل الأنكحة عن نوازل ابن الحاج في إرادة غرماء الأب بيع هذه الدار، فقال الاتباع : حتى تنقضي مدة العصمة بموت أو طلاق. (هـ).

وسئلت عمن ضمن مالا كثيرا لرجل وأداه له إلى أن بقيت له عليه عشرة ريال طلب من رب الحق أن يحلف على صحة المعاملة بينه وبين المدين، فهل تجب له اليمين أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، لا حق للضامن على رب الحق في اليمين على صحة المعاملة بينه وبين المضمون بدليل أنه لو حضر المدين ولم يطلبها، فإنه لا كلام للضامن فيها بوجه، وعليه فحيث كانت لا تجب له في حضوره فلا تجب له في غيبته، وبدليل أن رب الحق لو حلفها الآن للضامن ثم حضر المدين ولم يرض بها وطلبها ثانية، فإنها تعاد له. قال في الزقاقية :

وذو حَلِف من غير إحْلاف خصمه وغير رضى لم يستفد شيئا أمَّل

قال ابن فرحون في التبصرة : وإذا حلف الخصم بدون حضور خصمه لم

تُجْزِهِ اليمين. (هـ). والحاصل أنه لا كلام للضامن في اليمين المذكورة إلا بوكالة من المدين على استيفائها من رب الحق. والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت عن امرأة غاب عنها زوجها، فادَّعت على أبِي زوجها أنه التزم بنفقتها مدة الزوجية بينها وبين ولده فأنكرها في ذلك فرضيت منه اليمين، هل تلزمه أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، قال الرعيني : من ادَّعى على أحد من الناس هبة أو صدقة أو عطية أو نِحْلة أو عارية إلى أجل أو سكنى أو عُمْرَى أو حُبُسا وعجز عن اثبات ذلك، فلا يمين على المدَّعَى عليه إذا أنكر وإن كانا أخوين أو خليطين أيَّ خلطة كانت، وإن كانت هذه الأشياء بيد المدَّعي فادَّعى عليه بما ذكرنا وأنكر المدَّعى عليه ذلك حلف وأخذ متاعه استحسانا، والقياس أنه أَولَى بمتاعه باليمين. (هـ). ونظمه في التحفة فقال :

إلا بما عد من التبرع ما لم يكن في الحال عند المدَّعي

قال الشيخ التاودي : فلا يمينَ فيه (أي التبرع) على المشهور. ونحوه قول الشيخ ميارة : لا يمينَ على المدَّعى عليه في ذلك على المشهور. فكتب عليه أبو علي بن رحال قوله على المشهور. هذا صحيح. (هـ). والنصوص بهذا كثيرة، وفيما ذكر كفاية، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به.

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصّه :

الحمد لله، حيث كان الحاج قاسم ضمن عن أخيه الحاج محمد ما وجب عليه شرعا، وحكم عليه بمائتي ريال بِلَا بينة عليها ولا إقرارِ المضمون بها، وجب أن لا يرجع الضامن على المضمون بما أدى، لأنه لم يضمن عنه ما حكم عليه، وإنما ضمن ما يجب شرعا، فحيث لم يجب عليه بالشرع شيء، كان ذلك الديْن المؤدى لا رجوع به. نعَمْ للضامن أن يُحَلف المضمون إن شاء، كما قاله ابن يونس، ونصّه : ثم إذا غرم الضامن فلا رجوع له على المطلوب إلا ببينة أو إقرار، وللكفيل

أن يحلفه عند عدمهما، فإن نكل غرم. (هـ). وقال ابن رشد : لا يلزم المطلوب غرم للحميل إلا ببينة بالحق يعني أو بإقرار، وله أن يحلفه. والحاصل أن الحق لا يثبت بالحكم، وإنما يثبت بالبينة أو بالاقرار، فإن وجد أحدهما فللضامن الرجوع على المضمون وإلا فلا، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ)

وسئلت عن رجل عامي كتب بخط يده أنه التزم لفلان بأداء مائة ريال ثمن بز مختلط حازه فلان (أي غيره)، والتزم هو بأداء ثمنه المذكور لربه المذكور لمضي أربعة أشهر، قيده في شهر كذا من عام كذا، فلان بن فلان لطف الله به. (هـ) هل العِدة المذكورة لازمة لهذا الكاتب الملتزم أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، حيث التزم الكاتب أعلاه أداء العدة المذكورة لمن ذكر ثَمه فإنها تلزمه، للقاعدة المقررة في كتب الفقهاء : إن كل من التزم شيئا لزِمه. قال الحطاب : مدلول الالتزام لغةً : الزامُ الشخص نفسَه ما لم يكن لازما له، وهو بهذا المعنى شامل للبيع والاجارَة والنكاح والطلاق وسائر العقود. وأما في عرف الفقهاء فهو الزام الشخص نفسَه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء فهو بمعنى العطية. وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام وهو الغالب في عرف الناس اليوم. ثم قال : وخصوا الضمان بالتزام الديْن لمن هو له أو التزام إحضار من هو عليه لمن هو له. والالتزام الأخص بما كان بلفظ الالتزام كما تقدم، وهذا القسم يقضَى به على الملتزِم ما لم يُفْلِس أو يمُتْ أو يمرض مرض الموت إن كان الملتزَم له بفتح الزاي معينا. ولا أعلم في القضاء به خلافا إلا على القول بأن الهبة لا تلزم بالقول، وهو خلاف المعروف من المذهب، بل نقل ابن رشد الاتفاق على لزوم الهبة بالقول، ثم قال : هذا حكم مطلق العطية، والالتزامُ نوعٌ منها، بل ربما أقوى من حيثية دلالة لفظ الالتزام على الايجاب والامضاء. (هـ). ومحل بطلان الالتزام بالفلس والموت ومرضه إن لم يكن على وجه المعاوضة كما هنا وإلا فلا يبطل بذلك، كما قيده (أي الحطّاب) قبل هذا، فانظره، وعليه فالالتزام أعلاه لازم مطلقا، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عن بيّات بالفندق أصبح بيت منه مفتوحا فادَّعى صاحبه أنه أُخِذ له من البيت مائتا ريال وخمسة وعشرون ريالا، فأجابه البيّات بأن المدَّعِيَ هو الذي فتح بيته وأخذ ما فيه.

فأجبت : الحمد لله، حيث سلَّم المدَّعى عليه وهو البيّات ما ادَّعى به المدَّعي من سرقة الدراهم المذكورة ولم ينكرها، وأجاب بأن المدَّعِيَ هو الذي أخذها، فغرمها واجب عليه إلا أن يأتي ببينة على ما قاله من أن المدَّعِيَ هو الذي أخذها. قال الشيخ أبو علي بن رحال في تضمين الصناع نقلا عن التتائي ما نصه : والعرف الآن ضمان الحراسين لأنهم يُستأجَرون على ذلك، ونقله اليزناسني عنه في شرح التحفة وسلمه. (هـ). وقال أبو علي أيضا في حواشي التحفة ما نصه : وأما صاحب الفندق باعتبار الأمتعة التي تطرح في وسطه هو بمنزلة الصناع في الضمان، لأن الأمتعة يغاب عليها، والناس محتاجون للفندق غاية، وإن كان صاحب الفندق إنما هو وكيل على الحفظ فقط، وضمانهم إنما يظهر إذا كان رب المتاع يعتمد على صاحب الفندق في حفظها ويتركها من غير حارس لأجله ولا يتبرأ منه صاحب الفندق ولا ينذره بأنه لا يحفظها والفندق بابه مفتوح، ويلحق بهذا إن كان الأمر على ما ذكر البيّات بالسوق إذا ذهب شيء من الحوانيت، وربما يكون ضمان البيّات أحرى من صاحب الفندق المذكور، لأن البيّات أجير على حفظ ما يغاب عليه ولا كذلك صاحب الفندق، فإنما يأخذ أجرة المحل وإن كانت الحوانيت لها أغلاق، ولا سيما الحوانيت التي فيها الطعام والطمار وهو المسمى عندنا بالمراس. رأيت في النوازل المازونية أنه جرى العمل بتضمينه ولكن لم تحضرني الآن، فدخلني شك في ذلك. وتضمينه هو الحق...الخ. وعبارته في تضمين الصناع هي قوله : ويلحق بهذا إن كان الأمر على ما ذكر، البيّاتُ بالسوق إذا ذهب شيء من الحوانيت، وربما يكون ضمان البيّات أحرى من صاحب الفندق المذكور، لأن البيات أجير على حفظ ما يغاب عليه، لا سيما الحوانيت التي فيها الطعام، ولا كذلك صاحب الفندق فإنه إنما يأخذ أجرة المحل وإن كانت الحوانيت لها أقفال. وقال قبل هذا : والذي تقتضيه كثرة خيانة الرعاة في هذه

الأزمنة هو ضمانه، وهذا هو الذي نختاره فيه، وفي سمسار الدواب أعني الضمان فيهما. وأما الحمال للأطعمة فضامن، كما في المدونة وغيرها. وأما غيره كالحمالين الذين يحملون السلع من فاس مثلا إلى مراكش وبالعكس، فالقياس هو تضمينهم لأنهم يحملون ما يغاب عليه والناس محتاجون اليهم كالصناع، فلا فرق بينهم وبينهم أعني الحمالين الذين نصبوا أنفسهم لذلك وهم الحمارون...الخ. وقال قبل هذا نقلا عن اليزناسني في شرح التحفة ما نصه : ما ذهب إليه ابن عبد البر ينبغي أن يعمل به في هذه الأزمنة التي قل فيها الصدق عند من يظن به فضلا عن غيره. (هـ) وفيه كفاية. وأما حكم أمين الخِرازة والتاجِرين لأن القاضي حكمهم في هذه الدَّعوى باليمين على البيّات، فليس بصواب. وقد نص في المختصر على أن تحكيم الجهال لا يجوز، فقال : وتحكيم غير خصم وجاهلٍ. وقد نص في التحفة على أن الجاهل لا ينفذ حكمه ولو وافق الحق. وفي الحديث : ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار، ولا حاجة إلى تحكيمهم مع وجود العلماء وتوفرهم بفاس صانها الله من كل مكروه وبأس، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئل الزرهوني كما في نوازله عمن ادَّعى على آخر آنه تحمل له بديْن على آخر وأنكره المدعَى عليه.

الجواب : إن دعوى الضمان لا تتوجه فيها اليمين على المنكرِ على المشهور والأصح، لأنها من دعوى المعروف والتبرع كدعوى الهبة والإقالة ونحوهما، بهذا أجاب الحفيد سيدي محمد العقباني كما في نوازل مازونة عنه في باب البيوع. وفي ابن سلمون ما نصه : إذا ادَّعى رجل على آخر أنه تحمل له بديْن على آخر وأنكره المدعى عليه، فإن كان ادَّعى أنه تحمل له ذلك في أصل الصفقة فله أن يحلفه، وإن لم يدَّع أنه تحمل له ذلك في أصل الصفقة فلا، لأنه من باب دعوى المعروف وفيه الاختلاف. (هـ) منه، ونقل كلامه مختصَراً ابنُ سودة في شرح قول التحفة : وفي الإقالة، مقتصرا عليه، راجعه في باب اليمين. (هـ). وفي نوازل البرزلي ما يوافق كلام العقباني، ونصّه : وإذا ادَّعى على رجل أنه ضمن له ذهبا عن آخر فأنكره لزمه اليمين، فإن نكلَ رجعت اليمين على الآخر وثبتت دعواه. وذكر في حاشيته أنه

لا يحلف حتى يُثْبِتَ المدَّعي أصل الدين ببينة. قلت : وهي تجري على مسألة دعوى المعروف كالإقالة. (هـ) والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته بمنه. (هـ). وفي نوازل مازونة من جواب للحافظ ابن مرزوق : إن طلب المضمون له للمضمون لا يسقط الطلب عن الضامن، ومنها قَبْلُ بِيسير : كل ما كان من باب المعروف لا يفسده الغرر كالهبة. (هـ) من جواب للحفيد سيدي محمد العقباني. ومنها في باب الإجارة : إن ما كسره الراعي من الغنم بالعصا حين يذودها بها لا ضمان عليه، وما كسره بالحجارة فعليه الضمان لأنه من التعدي. (هـ) باختصار.

وسئل من يتسمّى عمن بات عند قوم فضاع له بغل فادَّعى عليهم أنهم علموا بأخذه وقدروا على منعه وتخليصه منه وتركوه حتى ذهب به، هل تلزمهم اليمين على ذلك ؟

فأجاب : الحمد لله، الجواب أنه لا بد من حلفهم ما قدروا على تخليص البغل من آخذه ولا علموا بذلك، وإن نكلوا لزمهم الغرم، كما ذكره ابن محرز، ونقله ابن بشير وغيره في مسائل الضمان، والله سبحانه أعلم. وكتب عبد الله تعالى محمد التاودي بن سودة تغمده الله برحمته آمين. اهـ.

ووجد بخط الشيخ ميارة ناقلا من خط القاضي سيدي ابراهيم الجيلالي ما نصه : سيدي جوابكم في الراعي المشترك هربت له بقرة من المسرح وتركها ثم سرقت بين المسرح ودارِ ربِّها، فقام رب البقرة على الراعي وقال له : فرطت في بقرتي حين لم تتبعها إلى العمارة، فقال له الراعي : خفت إنْ تبِعتها يُسرق بقر الناس، هل يلزمه ضمان أم لا ؟

الجواب : إن هروب البقرة من المسرح بمعاينة الراعي لها وتركه إياها حتى ضاعت تفريط يوجب عليه ضمان قيمتها لربها، والله سبحانه أعلم. وكتب أحمد بن يحيى الونشريسي. (هـ). وفيه نظر يأتي قريبا لأنَّهُ مأمور بحفظ الأكثر.

وأجيب عن مسألة تظهر من الجواب بما نصه :

الحمد لله، الجواب أن خفراني الحارات والأسواق لا ضمان عليهم حيث لم يفرطوا في الحراسة أو يتعدوا، كما أفتى به جدُّ علي الأجهوري، قاله الشيخ كريم الدين، ولا شك أن البيّات قد تعدى حيث استناب غيره فيجب عليه غرم ما سرق من الحانوت، والله أعلم. وكتب محمد الحسني. (هـ). قلت : وهذا إن لم تجر العادة بالنيابة وإلّا فلا ضمان عليه.

الحمد لله، ومن نوازل مازونة في مسائل الضرر نظائر لا ضمان فيها :

منها مكتري الدار يتخذ فيها تنوُّر الخبزة فتحترق الدار وما فيها لا يضمن، وكذا لو ربط دابته بباب الدار فردحت فكسرت باب الدار وقتلت ابن رب الدار أو نحوه، وكذا لو ترك رجل دابته بباب أمير أو مسجد أو حانوت نزل إليه لحاجة لم يضمن ما أصابت في ذلك كله، وكذا مرسل النار في أرضه فيتلف ما بعُدَ عنه مما يظن أنه لا يصل إليه، لا يضمن، وكذا الحافر في مِلكه بئرا لمائه أو سباع أو نحوها فيتلف فيها إنسان أو بهيمة أو غيره، وكذا المحرِمُ يتلف الصيد في بئر حفرها لمائه أو حبال فسطاطه لا جزاء عليه، وكذا ما يتلفه الكلْبُ المأذون في اتخاذه حيث يجوز اتخاذه، والحائط المائل ونحوه من ثَوْرٍ صائل، أو بهيمة قبل الإنذار، وكذا لا يضمن دافع الصائل من إنسان أو بهيمة أو محارب ونحوه ومقاتل من منعه المواساة بفضل طعام أو شراب وهو محتاج إليه، ولم يختلف في عدم ضمان ما أتلف بسبب محاربته وإنما اختلف فيما أخذ لدفع حاجته هل يضمن قيمته أو مثله أم لا يكون هذا من المعاوضة، وإن كانت جبرية كالجبر على بيعه دار حبُس لتوسعة مسجد أو طريق، وكذا ما ينشأ عن الحدود والآداب وكل من فعل فعلا يجوز له من طبيب وشبهه على وجه الصواب فتولد منه هلاك أو تلف مال فلا ضمان عليه، فإن كان جاهلا أو لم يؤذن له أو أخطأ فيه أو في مجاوزته أو تقصير (أي أو كان منه تقصير) فالضمان، وكذا المكري لا يضمن ما سقط من دابته أو عثرت فأفسدته إنْ لم يَخِرَّ من عثارٍ أو ضعف أحْبُلٍ أو كحرق في سوق أو شبهه، وكذا مكتري الدابة لا يضمن عطبها إن حمل ما أذن له فيه بتعيين أو عادة أو سار بها نحو ذلك، وكذا الملاح في السفينة ومصافها، وكذا أجير الخدمة لا ضمان عليه ولو

فيما وطيء عليه فكسره، وكذا مستأجر الأمتعة يتصرف فيها بالمعتاد، ومقلب الاناء ليشتريه لا ضمان عليه إن سقط منه فانكسر للاذن في ذلك، ويضمن ما سقط عليه لعدم الاذن، ومودع الجِرَارَ ينقلها نقل مثلها فتنكسر لا يضمن، وهي مسائل تفوت الحصر، ويكفي بعض ما ذكرت منها في التأنيس، وبعضها لا يقتصر عن أن يكون كالنص في المسألة، كمسألة تنور المكتري ودابته ومرسل الماء والنار في أرضه. (هـ).

الحمد لله، تحصيل ما يضمنه الحاملون أم لا، على خمسة أوجه :

فالأول، ما هلك بسبب حامله من عثارٍ أو ضعف أحبُلٍ لم يَخِرَّ منها أو ذهاب دابة أو سفينة غرقت، فقال مالك : لا ضمان في ذلك كله ولا كراء ولا على ربه أن يأتي بمثله ليحمله له ويرجع بالكراء إن دفعه. وقال غيره : ما هلك بسبب حامله من عِثارٍ، مثلُ ما هلك بأمر من الله. وقال ابن نافع : لرب السفينة بحساب ما بلغت.

والثاني ما غر فيه من عثار أو ضعف أحبُلٍ فهلك فإنه يضمن قيمة تلك العروض بموضع هلكت فيه، وله من الكراء بحساب ما سار، وقيل : قيمته بموضع حمل منه إن أراد لأنه منها تعدى.

والثالث، ما هلك بأمر من الله بالبينة من عرض أو غيره فللمُكْرِي الكراء بأسره، وعليه حمل مثله في الموضع الذي هلك فيه.

والرابع، ما هلك بقولهم من الطعام فلا يصدقون فيه ويضمنون مثله بموضع حملوه إليه ولهم جميعا الكراء.

والخامس، ما هلك بقولهم من العروض فإنهم يصدقون فيه. قال ابن المواز : ولهم الكراء بأسره وعليهم حمل مثله إلى غايته. وقال ابن حبيب : إنما لهم من الكراء بحسب ما بلغوا من الطريق، وينفسخ الأمر بينهم.

ووجْه قوله انه لما لم يعلم ذلك من ناحيتهم أشبه ما هلك بسببهم من عثارٍ ونحوه. وقول ابن المواز أصوب لما قدمناه وبالله التوفيق. (هـ).

قلت : ما حصله من الأوجه الخمسة كله منصوص عليه في المدونة في باب ضمان الكراء. (هـ). وفي السفينة قول آخر يفصل من أن يكون كراؤهم على قطع البحر فلا شيء لهم من الكراء أو مع الريف فلهم بحساب ما بلغوا وهو قول يحيى بن عمر. (هـ).

وسئل الزرهوني عمن أحضر عروضا بين يدي شاهدين وتعاقد مع آخر على أنه باعها له بكذا إلى أجل كذا، ثم لما غابا عن الشاهدين أخذ عروضه ودفع للمدين عشرين دينارا مثلا جعلها رأس المال عوضا عن العروض، وأعطى المدين بهذا الذي عليه حاملا وثبت ما فعلاه وحكم بفساد المعاملة، فهل يسقط الضمان عن الضامن ؟

فأجاب : إنه حيث ثبت الحال على الوجه الموصوف، فالمشهور الذي به الفتيا سقوط الضمان. خليل : وبطل إن فسد متحمل به..، وفي التحفة :

ويسقط الضمانُ في فسادِ أصل الذي الضمان فيه بادي

وفي التوضيح : أما لو كان الفساد في المتحمل به كما لو أعطاه دينارا بدينارين إلى شهر وتحمل له الرجل بالدينارين، فثلاثة أقوال : الأول لابن القاسم في المدونة والعتبية والموازية أن الحمالة ساقطة، ولا يلزم الحمِيلَ بها شيء، عَلِمَ المتبايعان ان ذلك حرام أم لا، عِلِم الحميل بذلك أم لا، ووجهه أن الثمن لما سقط عن الأصل لفساد البيع سقط عن الحميل، ثم ذكر الثاني والثالث إلى أن قال : وهذا الخلاف إذا كانت الحمالة في أصل البيع الفاسد، فإن كانت بعده فساقطة باتفاق. (هـ). وقريب منه في ابن سلمون قف عليه في حَلْي المعاصم، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني كان الله له. (هـ).

ومن نوازل ابن هلال ما نص المراد منه :

إنَّ السفيه البائع المذكور إن ثبت أنه أنْفَق ثمن ما باعه فيما لا بد له منه وجب عليه رده إلى البائع من ماله، فإن عجز عن رده من ماله بعدمه أو لغيبته، وجب مطالبة الحميل برده من ماله الخاص به على أحد القولَيْن اللذَيْن ذكرهما ابن

الحاج في أحكامه في ضمان السفيه، هل يلزمه الضمان أم لا، فذكر في ذلك خلافا، ونقل غيره الاتفاق على لزوم الضمان له في نازلة السؤال، ثم قال : مسألة فيما يتعلق به من لزوم الحمالة لمن تحمل له بالثمن على المحجور. فاعْلَمْ أن مقتضى كلام أبي الوليد الباجي رحمه الله، أن الحميل بالمحجور لا تلزمه الحمالة إن تأخرت عن المعاملة قائلا : لأنه لم يعامل المتحمل له بسببه، ثم قسم رحمه الله الحمالة عنه إلى ثلاثة أقسام، فقال : قسم يلزمُ الحميل ويرجع به عليه، وهو ما يلزم ماله مثل ما تحمل عنه بما استسلف بصرفه في مصالحه من اصلاح دار أو حائط ونحو ذلك، وقسم يلزم الحميل ولا يكون له الرجوع عليه بشيء وهو ما عومل به بسبب الحمالة ولا يلزم ماله، قال : وقسم لا يلزم الحميلَ وهو ما تحمل به عنه من ثمن معاملة قديمة. (هـ) بمعناه. وهذا فرق ظاهر جارٍ على القواعد، لأن الأصل أنه مهما برئَ الغريم برئَ الحميل، إذ الغريم أصل والحميل فرع، فإذا سقط الغرم عن الأصل سقط عن الفرع، هذه القاعدة المذهبية في هذا المعنى.

فإن قلت : لِمَ لزم الحميل الغرم في القسم الثاني من أقسام الباجي مع أن الغريم لا يلزمه شيء، إذ لا يرجع عنه بما أداه عنه. قلت : إنما لزمه لأنه غَرَّ المعامل وأتلف عليه ماله، فالغرم إنما هو من ناحية غروره لا من ناحية الحمالة، لأنه هو الذي أدخل المعامل في معاملته، ولولا هو لم يعامله، فمِن ثم لزمه الغرم، والغرر مُنْتَفٍ فيه إذا تأخرت الحمالة من المعاملة، إذ لا يعامل بسبب قد صار أمره أنه تحمل بشيء ساقط شرعا، ولا سيما جهل الحميل ما له، فلا يلزمه أن يؤخذ بغرم ما لا يرجع به على أحد، لأن حد الحمالة وحقيقتها. التزامُ ديْن لا يسقط، بهذا رسمها ابن عرفة، وهذا الذي أشرنا إليه قد نص عليه من العلماء غير الباجي. ففي النوادر قال عبد الملك : ومن تحمل برجل فإذا هو مولى عليه لزِم الحميلَ الغرم ولم يرجع هو ولا الطالب عليه، ولو أن الطالب عامل المولى عليه قبل هذه الحمالة لم يُلزَمُ الحميلُ بشيء. (هـ). ومن هنا أخذ ذلك الباجي. وفي تبصرة اللخمي : وإن كان أمر الحميل والمتحمل لَه يجهل أنه مولى عليه والكفالة بعد العقد كانت ساقطة. قال : لأن العامل أتلف ماله أو لأن الحميل لم يغيره الآن بشيء، وتحمل وهو يرى أنه رشيد لم يرجع عليه. (هـ).

وسئل سيدي العربي بردلة عن غريم مات وترك أولادا ولهم مقدم عليهم، وترك أصولا محبّسة على الأعقاب، ثم قام رب الديْن يطلب دَيْنه فظن المقدّمُ لزومه للأولاد ويقضونه من غلة الحبُس، فقال لرب الديْن : أسقط منه كذا وأتكفل لك بالباقي ففعل، ثم امتنع الأولاد من إعطاء الديْن من غلة الحبُس. فهل سيدي يلزمهم ذلك أم لا ؟ وعلى عدم لزومه فهل ينحل الضمان عن هذا لضامن لأنه إنما ضمن لظنه لزومه أم لا ؟

فأجاب بأن رب الديْن لا حق له في غلة الحبُس الذي انتقل إلى الأولاد، وإنما له اتّباع ما خلّفه الهالك إن خلف شيئا، وهذه الغلة ليست من متخلف الهالك، وله أن يتبع الكفيل لأن كفالة هذا المقدم لازمة والظن الذي ظنه لا يسقطها عنه، والله أعلم.

وسئل عن راعِي البقر لأناس تبقَى عنده نهارا وليلا بأجرة معلومة، كل واحد وَمَا يتفق معه، ثم إنه ضاع لرَجُلٍ ثور فكلم عليه، فكان مرة يقول : ضاع له بالنهار، ومرّة يقول بالليل، والآن جزم أنه ذهب له ليلا، فهل سيدي يضمنه لربه أو لا ؟ جوابا شافيا ولكم الأجر والسلام.

فأجاب : الحمد لله، الجواب أنه إذا لم يثبت عليه تعدٍّ ولا تفريطٌ فلا ضمان عليه، والقولُ قوله في نفي ذلك، والله أعلم. وكتب العربي بن أحمد بردلة كان الله له. (هـ) من خطه بواسطة الفقيه سيدي أحمد بن ابراهيم رحمه الله. (هـ).

تنبيه : قال في الدر النثير : سئل أيْ أبُو الحسن الصغير رضي الله عنه عن راع رجع بغنم رعاها عشية إلى موضع مبيتها فعرج منها كبش متخلف عن الغنم فلم يشعر حتى قيل له : إنه بقي خلفك كبش، فأودع الغنم رعاة كانوا معه والغنم كثيرة ورجع إلى الكبش فأتى به فوجد الغنم دخلت في شعرى فأخذ فى إخراجها وأتاه الليل فوجد جملة منها قد ضاعت، هل يضمن أم لا ؟

فأجاب : لا ضمان عليه لأنه لما رجع إلى الكبش أوصى الرعاة والتزموا له

ذلك، وهذا مثل من له وديعة فخاف وأودعها غيره فضاعت. (هـ). قلت : لو رجع إلى الكبش وتركها وحدها ضمن. قال في الدر النثير أيضا بعد ما تقدم عنه ما نصه : نعم، لو رجع ولم يتركها عند أحد فقد ضيع حين علم موضع خوف، فرجع إلى الأقل وترك الأكثر، لأنه مأمور بحفظ الأكثر إذا فقدت منها شاة قيل له، وكذا لو هرب سبق من البقر القليل، فقال : نعم يبقى مع الأكثر. (هـ). وبهذا يرد ما تقدم عن الونشريسي من ضمانه في هذه الصورة.

قلت : في نوازل الإجارة من البرزلي فيمن استؤجر على حراسة زيتون أو طعام فذهب وأجلس غيره أن الصواب تضمينه إلّا أنْ يكون استخلف لضرورة، خلافا لقول ابن أبي زيد : لا ضمان عليه إن استخلف مطيقا على الحرس. (هـ). وقيد ابن ناجي تضمينه بما إذا لم يَجْرِ عرف أهل البلد أن الراعي يأتي بمن هو مثله لضرورته، فإن جرى عرفهم بذلك لم يضمن اتفاقا. قال : وكذلك إن كان العرف إتيانه بدونه وهو ظاهر، لأن الإذن مستفاد من العرف كالإذن بالنص.

وفي الدر النثير أيضا : سئل رضي الله عنه في أهل مدشر اتفقوا على رعاية بقرهم بالدولة،وشرطوا أن لا يرعى في الدولة صبي، فأرسل أحدهم في نوبته صبيا فسرقت بقرة.

فأجاب : إن عاين أصحاب الموضع الصبي حين رعى ورضوه، فلا شيء على الذي أرسله يرعى، وإن لم يرَوْه غرم لمن لم يروه ولا يغرم لمن يراه. (هـ). وذكر ابن هلال عقبه أنه لا إشكال في عدم ضمانه لمن رآه إن بنينا على أن السكوت إذْنٌ، قال : وانظر هل يضمن على القول بأن السكوت ليس بإذن مسترعِي الصبي في مسألتنا مطلقا أم لا ؟ لأن هذا مما يُعلمُ عادةً أن السكوت رضى به .(هـ) والله أعلم.

نــوَازِل الـشَّـرِكَــة

الحمد لله، المراد من أئمتنا، الشيوخ أولي التصدر والرسوخ أبقى الله بركتهم، الجواب عن نازلة ثلاثة أشخاص اشتركوا على أن يعطي أحدهم أربعمائة مثقال ونصف المائة ويعمل معهم في الخدمة التي راموها وهي الدباغة، ويعطي آخر مائة مثقال واحدة ويعمل معهم، والثالث يخدم ولا يعطي مالا، فعملوا في ذلك حسبما ذكر، وزاد الأول خدمة عبد له في دبغ الجلد، ثم لما دبغوا جعل الثاني والثالث يبيعان ذلك، فقدما للبيع الْأدْوَنَ من السلعة وأخَّرا أجودها، فاقتسما الربح على ما اشترطوا وبقي بيدهم ما أَخَّروا منها، فأراد الأول بيع الباقي فاشترياه منه بعد أن قالا له : إن ما بقي من السلعة مثل ما بيع منها لا يفضله في جودة، فلما اشترياه منه بما تعاقدا عليه ظهر كذبهما فيما ادَّعيا من المماثلة، وظهر فيها غبن كثير نحو المائتين من المثاقيل، فما الحكم في النازلة أولا، وعن البيع الصّادر من الشريك بعد صدوره بالغبن، جوابا شافيا تؤجَرون به.

الجواب بتوفيق الله سبحانه، أن الشركة المذكورة فاسدة وما حصل فيها من الربح هو لصاحبي المال خاصة يقسم بينهما على نسبة ماليهما، فيأخذ صاحب الأربعمائة وخمسين مثقالا تسعة أجزاء من أحد عشر جزءاً، ويأخذ صاحب المائة جزءين، والذي لا مال له أجرة عمله عليهما معا على النسبة المذكورة، وكذا أجرة العبد هي عليهما على النسبة المذكورة، فيرجع سيده على شريكه بجزءين منها كما يرجع شريكه عليه بأجرة عمله في ثلاثمائة وخمسين مثقالا الفاضلة على ماله.

وأما اقتسامهم الربح على ما شرطوا فليس بصحيح ولا لازم، لأنه مبني على صحة الشركة وهي فاسدة على المنصوص حسبما في النهاية وغيرها. وأما البيع الصّادر من الأول منهم لصاحبيه على الوجه المحكي في السؤال فغير لازم له، وله نقضه وأخذ سلعته إن كانت قائمة، فإن فاتت فله مطالبتهما بتكميل الثمن، وهذا بعد ثبوت ما ذكر في السؤال من قولهما له : إن ما بقي من الجلد مثل ما خرج، ومن كون الجلد الباقي أفضل، لأن البيع حينئذ يكون من بيع الاستيمان

والاسترسال. وقد قال ابن رشد في المقدمات ما نصه : والقيام بالغبن في البيع والشراء إذا كان على وجه الاسترسال واجب بإجماع، لقوله ﷺ : غَبْن المسترسل ظُلْم. (هـ). نقله الحطّاب، فإن لم يثبت ذلك وأراد القيام بالغبن على الطريق المألوف، فله ذلك بعد إثبات شروطه المشار إليها في التحفة بقوله : ومن بغبن في مبيع قام... البيتين، والله أعلم. وكتب عبد الله سبحانه، محمد المير لطف الله به

وسئلت عن شريك ادَّعى صرف عدد من الريال على نفسه لأنه كان مسافراً. ولم يبين فيما صرفها، فأثبت شريكه أن العادة عندهم بيان المصرف.

فأجبت : الحمد لله، لا يخفى أن أمر الشركة مبني على العرف فهو الحاكم فيها، وأن كلا من الشريكين وكيل عن الآخر، كما قال في المختصر : وكلٌّ وكيلٌ (أي كل واحد منهما) كالوكيل عن صاحبه في البيع والشراء والأخذ والعطاء وغير ذلك، كما في الزرقاني : وحيث تبيَّن بشهادة التجار أن العادة عندهم في كل من أخذ شيئا من مال الشركة أنه لا بدّ أن يبين مصرفه، فيلزم هذا الشريك بيان مصرف الدراهم حوله، فإن اتهمه صاحب المال فيحلف ولا إشكال، فإن امتنع من البيان رأسا فيلزمه الضمان، هذا الذي يدل عليه كلام الأئمة.

فقد سئل سيدي عبد القادر الفاسي، كما في نوازل العلمي عمن اكترى حماما واستظر زماما بذكره أنه صير في إصلاحه مالا له بال، ولم يظهر للعيان ما يقرب دعواه، لكنه أحال على أمور غيبية من ماء وزيت وجير وغير ذلك. وقد رأيت في نوازل المعيار : أن الناظر لا يعمل على ما صيرو بزعمه ولا يكون أسوأ حالا من هذا.

فأجاب : إن هذا المكتري إذا كان مأذونا له في ذلك ومأمورا به فهو مصدّق فيما ادَّعى بلا يمين، لأن المأمون بشيء من جملة الأمناء، إلا أن يكون ممن يتهم مثله فتجب عليه اليمين. ثم قال بعد كلام في المسألة : وإذا توجهت اليمين معَ التهمة على المأذون، فعلى هذا غيرُ المأذون أحرى. (هـ). ولا يخفى أن نازلة السّائل

أحروية من هذه، إذ هذه وقع البيان فيها مجملا لأنه ذكر الماء. وأما النازلة حوله فلا بيان فيها أصلا.

وفي نوازل الفقيه سيدي عبد الرحمان الحائك ما نصه :

سؤال عن وكيل يبين ما دفعه وما قبضه لموكله.

جوابها : أنه إن لم يبين ذلك ولا أظهر وجها يخلصه، حكم بضمانه لما أتلفه، كما في نوازل الشريف عن بعضهم وهو ظاهر. (هـ). والنوازل بهذا المعنى كثيرة، وفيما ذكر كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الخصر الحسني العمراني لطف الله به آمين.

الحمد لله، المسطر أعلاه من أن الشريك لا بد له من بيانه مصرفَ الدراهم التي صرفها ليبين بذلك ما يلزم شريكه شرعا وما لا ، صحيحٌ، وإن كان الشريك من جملة الأمناء المصدّقين المحمولين على الأمانة حتى يظهر كذبهم أو تثبت خيانتهم، ولا يكفي في البيان ذكر الأعداد من غير بيان مصارفها، إذ لا يفيد ذلك ما يلزم وما لا يلزم حتى تُبَيَّنَ المصارفُ. وأيضا فمن المقرر المعلوم أنه لا حكم إلّا بعد إعذار، ولا إعذارَ إلّا في معَيّن، فلا يحكم له على شريكه بحصته مما صيره إلّا بعد بيان ما صيره فيه. وقد قال العلّامة سيدي التّاودي بن سودة كما في أجوبته : وذلك (أي الإجمال) الذي لا يتصدَّر معه دارك ولا اعذار أن يقول الوصي مثلا : قبضت الغلل والأكرية وزدت كذا وكذا داركا علَى أن ما يصيرونه من إنفاق أو كسوة أو غيرهما حسبما شهدناه يبينونه ويفصلون منه، كل شيء على حدة، فمريد الطعن بالاستكثار والسرق متمكن من أن يقول في ذلك ما شاء. (هـ). عبيد ربه أحمد بن محمد الخياط أصلحه الله.

مسألة : رجلان كانت بينهما شركة وأعملا الحساب فيها وتبارءا وبقي بذمة أحدهما للآخر أزيد من أربعة آلاف مثقال، أجَّلَه فيها إلى أربعة أعوام بأن يدفع له الربع بعد كل عام من تاريخه، ثم بعد مضي عام طلبه بالدفع فادَّعى أن الحساب وقع فيه غلط وأنه دفع له تسع دواب بأكثر من قيمتها بما يزيد على الثلثين وأنها معيبة كلها، وواحدة منها لم يقبضها إلى الآن، وادَّعى أيضا أنه ليس في ذمته

دراهم أخرى كانَ ادَّعى بها أيضا رب الرسم، زيادةً على ما في رسْمه من دقيق وغيره، وهي التي أجاب وكيله فيها بالإنكار.

الجواب عنها : الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد رسول الله وعلى آله وأصحابه وأنصاره وأشياعه ومحبيه وتابعيه.

وبعد، فدعوى المجيب حوله عن المقال حوله غلط، وأن منوب المدَّعي دفع للمدَّعَى عليه تسع دواب بأكثر من قيمتها بما يزيد على الثلثين، وأنه وجد جميعها معيباً وأنه لا زال تحت يد منوب المدَّعِي واحدة بعد اعترافه بشهادة عدلين بِحوزها، وإعمال الحساب بينه وبين شريكه فيما كانت الشركة بينهما فيه حتى تجلت العدة المدعى بها عليه وإشهاده أن جميعها في ذمته لشريكه مع جواب وكيله حوله عن ذلك بالإقرار عَدَا ما استثنى مما لا رسم له عليه بالإنكار، لا تسمع منه بحال ولا يقبل منها فيه كلام، حيث كان بين إشهاده ودعواه ما ينيف على العام، كما يعلم من نقل كلام الأئمة الأعلام قدس الله أشباحهم في دار السلام. فدعوى الغلط ترد بقول الإمام الزقاق رحمه الله في لاميته :

ومن في حساب يدَّعي غلطا معَ الغريم بُعَيْدَ الكتْب وهو يقول لا

فليس له إحلافه...الخ. وقيل يحلف ما علم بوقوع الغلط، وارتضاه الإمام بن رحّال، والشيخ سيدي عبد القادر الفاسي رضي الله عنهما. ومحل الخلاف حيث قام بالقرب كما يشعر به تصغير بَعْدُ، أما بعد طول فلاِ يمين، قولا واحدا، قاله الشيخ ميارة رحمه الله، وحَدَّ ابنُ سهل القربَ بسنة. وفي المقصد المحمود : أن العام كثير ودعوى أنه دفع له الدواب بأكثر من القيمة...الخ. تُرَدُّ حتى على القول بتصور الغبن من المشتري، بِقول الغرناطي :

ومن بغبن في مبيع قامَا فشرطه ألا يجوز العاما

على أن المشتري ربما بذل أضعاف القيمة لتعلق غرض له بالمبيع. وأيضا فالأجَلُ، لَهُ حصة من الثمن، سيَما ومبْلَغُهُ في النازلة أربع سنين، ودعوى العيب ترد بقول صاحب التحفة :

والمشتري الشيءَ وبعدُ يطلع فيه على عيب، قيامُهُ مُنع
إلّا مع الفور، ومهما استعمَلا بعد إطلاعه المعيبَ بطلا
كاللبس والركوب والبناءِ والهدم والجِماع لِلْإماء

وفي العمل :

وبعد شهرٍ، الدوابُّ بالخصوص بالعيب لا ترد فافهم النصوص

ودعوى عدم حوز واحدة من الدواب بعد الإشهاد بحوزها فيما غبن بما ينيف على العام ترد بقول الشيخ أبي الضياء خليل : ولو قال الأب بعد الإشهاد : لم أقبضه حلف الزوج في كعشرة أيام...الخ. (هـ). الشيخ عبد الباقي : وأدخلتِ الكف خمسة زيادة على العشرة، وما زاد على نصف شهر يصدق الزوج في دفعه بلا يمين. (هـ). هذا في النكاح المبني على المكارَمة، فما ظنُّكَ بغيره، فقد تبين لك بما جلبناه، صحة القول ببطلان دعواه، واللهُ سبحانه ولي التوفيق، وهو يقول الحق ويهدي السبيل، وهو حسبنا ونعم الوكيل. قاله وكتبه عبد ربه العباس بن أحمد التازي لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، المسطر أعلاه صحيح، وعليه يوافق عبيد ربه أحمد بن محمد بن الخياط الزكاري الحسني كان الله له آمين. وكتب موافقا عبد السلام بن محمد الهواري لطف الله به.

الحمد لله، لا مزيد على ما سطره المفتي الأول في النازلة، وعليه يوافق عبد ربه تعالى المهدي بن محمد بن الخضر الحسني العمراني لطف الله به.

سؤال يعلم من جوابه، ونصه :

الحمد لله، يلزم صاحب الأسفل أن يني بناء وثيقا ليتمكن صاحب الأعلى من البناء عليه، هذا الذي نص عليه الأئمة بأجمعهم وليس فيه خلاف بينهم. قال الزرقاني في شرح المختصر : وإذا سقط الأعلى على الأسفل فهدمه جبر رب الأسفل على أن يبنيه أو يبيع ممن يبنيه حتى يبني رب العُلو عُلوه، والمراد بالسفل ما يدل عن العُلو لا الملاصق للأرض، لأنه قد يكون طباقا متعددة، فالمراد

بالسفل السفل النسبي. وشمل المصنف الوقف كحانوت بوقف وعُلو بوقف اخر فيقضى على ناظر وقف الحانوت بعمارته إن وَهَى وخيفَ على العُلو منه، وليس على ذي العُلو شيء من العمارة كما أفتى به علي الأجهوري كالشوبريين الحنفي والشافعي. (هـ). وسلمه المحشّيان. وقال ابن الرامي في كتاب الأبنية : إذا كانت دار لرجل وعليها عُلو لرجل آخر، وفوق العُلو علو آخر فانهدم السفلي، هل يجبر صاحب السفلي على البناء ؟ قال ابن القاسم عن مالك في العتبية : يجبر صاحب السفلي على البناء، ثم يجبر صاحب العُلو الأسفل على البناء حتى يصير لصاحب العُلو الثالث أن يبني، فإن شاء بنى وإن شاء ترك. وقال ابن عبد الحكم عن مالك مثله. وقال سحنون في كتابه : روى أشهب وابن وهب مثل ذلك وقالوا : يؤمر صاحب السفلي أن يبني أو يبيع ممن يبني. (هـ) الغرض منه، والنصوص كثيرة بهذا المعنى. وفي هذه كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه عبيد ربه تعالى المهدي وفقه الله.

وسئلت عن مسألة تقرب من هذه وهي أن صاحب العُلو هدمه لِقدمه فتراخى في إعادته، فلما أراد الآن بناءه وجد السفلي واهيا، فادَّعى صاحبه (أي السفلي) أن صاحب الأعلى لما تراخى في بنائه نزل مطر كثير على السفلي فصيره واهيا (أي فيكون ضعفه من ماء المطر لما تراخى فيه)، فهل على صاحب السفلي بناؤه جديدا وقد شهد له أرباب البصر بذلك أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، يلزم صاحب البيت بناؤُه بناء وثيقا ليتمكن صاحب الدهليز من بنائه فوقه، فيلزمه بناء البيت والجائزة والورقة والمسمار كما هو مقرر عند قول المختصر : كذي إن سفل وَهَى (أي ضعف ضعفا شديدا). وقال في الرسالة : وإصلاح السفل على صاحبه والخشب للسقف عليه. (هـ). وقال الشيخ أبو علي بن رحال : على صاحب السفل إذا وهَى، تعليق العُلو إذا احتاج لذلك، لأن التعليق بمنزلة البناء، وقد علمت أن عليه البناء وعليه أيضا السّاتر على بيته، وعليه أيضا كنس المرحاض. (هـ). والنصوص في هذا المعنى كثيرة. وأما شهادة أرباب البصر بأن تلاشيه (أي الأسفل) من أجل ما كان ينزل بالدهليز من الماء، فغير مفيدة لأمور :

أحدها، أن ستر بيته كان واجبا عليه في تلك المدة لا على صاحب الأعلى كما تقدم في كلام ابن رحال.

ثانيها، على تقرير أن ذلك كان واجبا على صاحب الأعلى فقد سقط عنه هذا الواجب هنا حيث كان صاحب السفلي حاضرا ساكتا بلا مانع، لأن ذلك يعد رضى منه بترك حقه. قال ابن عرفة : وإن كان سببُ الانهدام من وهْي العُلو، وربُّ الأسفل عالم حاضر ساكت لم يضمنه. (هـ) وذكره الشيخ خليل في التوضيح، والحطابُ في شرح المختصر.

ثالثها، أن هذه الشهادة باطلة لأن شاهديها لم يبينا مستند علمهما، وقد نص العلماء على أن شهادة العامي إذا لم يبين فيها مستند علمه باطلة. قال الشيخ الرهوني : وبه جرى العمل. (هـ). ثم نقول على تقرير وجوب الضمان على صاحب الدهليز، يضمن قيمة الفساد. وأما بناء الحائط فلا قائل به من العلماء لأنه من تضمين المقَوِّم بالمثل، ولم يقع عند العلماء إلا في خمس مسائل ليس هذا منها، نظمها الشيخ التاودي في شرح التحفة فقال :

ضمن مقوماً بمثل في ضمان فرض زكاة وجزا هدم مكان

ومعنى هدم مكان (أي مكان) موقوف (أي محبس)، كما قال في المختصر : ومن هدم وقفا فعليه إعادته. (هـ) والله أعلم. وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئل الشيخ الرهوني عن الشريكين حوله، فقد سافر أحدهما بسلع لجبل طارق فباعها بسلع قدم بها إلى تطوان فباعها، وقدم إلى جبل طارق وتحاسب مع شريكه فيما اشتراها به وما صرفه فيها، فصدقه في ذلك، فأنكره الشريك في المحاسبة وطلبه بالحساب ثانيا، فطالبه خصمه بأجرة بيعه وشرائه، واختصما كثيرا وتنازعا وترافعا، ثم في أثنائه ادَّعى الشريف مولاي التهامي أن شريكه أسقط عليه أجرته فيه محتجا بما حوله، فهل يقبل منه ما ادَّعاه أو هو مستبعد بادِّعاء وقوعه أثناء الخصام والنزاع الكثير، وفي علمكم ما في الدر النثير عن ابن عياض عن أبيه فيمن وجبت له يمين فذهب ليحلفها، فادَّعى في طريقه أن خصمه أسقطها عنه،

فأسقط عياض رضي الله عنه دعواه هذه، وما في أجوبة سيدي عبد القادر الفاسي فيمن احتج لهبة أبيه له جنانا بشهادة عدلين بحوزه، أحد الشاهدين بسويقة ابن صافي، والآخر بالشرشور، والواهب والموهوب له بدرب الزيات قرب قبيب الناقص، فجعل قربهم من عدول السماط مع كثرتهم وبحثهم على من اعترف بغير إشهاده استبعادا، جوابا تؤجرون عليه، والسلام عليكم ورحمة الله تعالى.

فأجاب : الحمد لله وحده، قياسُكم هذا على مسألة عياض لا يخفى ما فيه، لأن عياضا إنما أبطل دعواه المجردة وطلبه تحليف خصمه على ما زعمه من أنه تبرع عليه بإسقاط اليمين، ومسألتكم قام بذلك شاهد زكي وقبل، وبَعِيد ما بين المسألتين، وكذا قياسُكم على مسألة الأجوبة، لأن الاستبعاد فيها من جهة الإشهاد، وهنا لم يقل الشاهد : إن المشهود عليه أشهده، ومسألتكم لم يقل: إنه أشهده، وإنما قال : إنه قال بمحضرو كذا، وفي المختصر بخلاف إن سمعه أو مر به، والله أعلم.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك رضي الله عنه عن أم وأولادها على مفاوضة من لدن توفي والدهم.

فأجاب : إن المسألة فيها خلاف مذكور في المعيار وغيره، والمرتضى منه القسمة على الفرائض، ولا شيء لمن لا فرض له غير الأجرة، كما لصاحب المعيار عن نفسه وعن غيره. ومن أخذ من ذلك صداقا (أي من أخذ من ذلك حال المفاوضة شيئا وأعطاه في صداق له) حوسب به ولا يستبد به، كما لهم في آخذه في الاشتراك في المائدة، عن ابن وهبان وغيره وهو واضح بيِّن.

وسئل أيضا عن رجل باع عقارا، وبعد وفاته أقال المشتري وكيل زوجته فى ربع ما تستحقه إرثا في المبيع، وأفتى غيره أنها إن قبلتها (الاقالة) أو وكيلها صحت.

فأجاب بأنها شركة لا إقالة، وتعبيره عنها بها غلط من الكاتب، لأن الإقالة كما لابن عرفة ترك المبيع لبائعه بثمنه. قال الرصّاع : وقوله لبائعه أخرج به ما إذا تركه لغير بائعه. (هـ). وأيضا الإقالة لا تكون إلا من الجميع، كما للأبي وغيره،

والشركة قال فيها ابن عرفة أيضا : جعل مشتر قدر الغير بائع باختياره مما اشتراه لنفسه بمنابه من الثمن. (هـ). فصدقه على ما هنا واضح، فحيث قبله الوكيل صح، وقد ضمن الإشهاد عليهما آخرا، والله الموفق.

وسئل أيضا عن النظر فيما أفتى به غيره أن الإخوة إذا كانوا على مائدة، وكان أحدهم يتولى الحرث وغيره الأعمال، وباقيهم لا يعمل عملا، إن الزرع وغيره مما ينشأ عنه كله له. قال : والاجتماع على المائدة المحكوم له بحكم المفاوضة هو إذا كان العمل يعملونه أجمعين، والأرض والزريعة والبقر مشترك بينهم، والواقع بخلاف ذلك كما ذكر الحامل.

فأجاب : إنه صحيح إذا كان متولي الحرث يحرث لنفسه لا للشركة، وعليه كراء البقر ورد الزريعة إن كانت من الشركة، على ما قال المشاور ان به العمل، كما في الدر النثير والمغيلي وابن سلمون. قال المشاور : وقول ابن لبابة : ان الزرع بينهم وللعامل أجرته خطأ، ويحلف أنه إنما زرع لنفسه، وإن ادَّعى أن البذر له كان القول قوله مع يمينه، كما زاده في الدر النثير، أنظره. وقد نقل ذلك كله صاحب العمل المطلق في شرحه، فتأمله ولا بد.

وسئل أيضا عن شريكين أخرجا مالا، عليه انعقدت شركتهما، ثم فوض كل واحد لصاحبه في عقد الشركة في البيع والابتياع.

فأجاب غيره : إنها شركة صحيحة، وما اشتراه أحدهما بديْن، لازم له ولصاحبه، وجائز لأحدهما أن يشتري بالديْن ويكونا فيه شركاء الربح والخسارة لهما وعليهما حسبما قاله ابن رشد وغيره، وهو الصحيح من المذهب.

وأجاب هو (أي الفقيه الحائك) عقبه بما نصه :

المذكور أعلاه من جواز الشركة المذكورة هو المذهب عند الشيخ صفي، وعليه ابن شاس وابن الحاجب وهو ظاهر المدونة، وصرح به ابن رشد، وعليه درج المتيطي وابن هارون في اختصاره وابن سلمون، وذلك كله يدل على ضعف ما للخمي ورد ما لابن عبد السلام والمصنف، وأن الجواز هو المذهب، قاله شيخنا

بناني في حواشيه على الزرقاني خلافا لأبي علي في شرحه من جعله ما في المتن هو المذهب، وفيما ذكرناه كفاية. على أنه وإن آلت للذم فهي بينهما كما في المتن، وهو المشهور، كما لابن غازي، وتبعه الحطاب في أنه بيان للحكم بعد الوقوع، والسلام. (هـ).

وسئل أيضا عما يدرى من جوابه،

فأجاب : البينة في الاشتراك في المائدة أعلاه بينة يجب على شاهديها بيانها حتى تقع على ساق، من حصر من كان وما كان، وإلى من كان دون إرسال ولا إجمال. ففي المعيار، ونقله في الارتفاق : رد الشهادة بالإرسال والإجمال إلى أن قال : وسواء كان ذلك في لفظ الشاهد أو في مستند علمه، ومثله في اختصار المتيطي : والاشتراك في المائدة معلوم ما فيه من المعيار، ونقله عنه شيخنا في طالعه، وبحث فيه بعض من قرب عصره بأنه مبني على ما لابن سهل، وعنه عبر في المختصر بالأصح، وقال في التوضيح ما نصه : واختلف إذا شهد الشهود بالمفاوضة، هل يكتفى بذلك، وإليه ذهب ابن سهل، أولا حتى يقول الشهود : أقرَّا عندنا وأشْهدَا بها، وإليه ذهب ابن القطان وابن دحون وابن الشغاف، والأول أظهر إن كان الشهود عالمين بما يشهدون. (هـ). وهذا التفصيل هو المختار عند أبي علي وغيره، قف على ارتفاقه إن لم تجد شرحه. (هـ).

وسئل القاضي أبو سالم ابراهيم الجلالي عن رجل أقام مع والده بعد بلوغه سنين عديدة إلى أن زوجه، وقد كان في تلك المدة كلها يتولى الحرث والحصاد وخدمة الأملاك كلها بنفسه، وربما أعانه أبوه على ذلك في بعض الأحيان، والآن افترق مع أبيه وطالبه في مقاسمة الغلل كلها أصولا وغيرها وسائر ما تزايد عندهم من بهائم ودواب في المدة كلها، فهل سيدي له ذلك أم لا ؟ فإن قلتم له ذلك، هل يحاسبه أبوه بالنفقة والكسوة أم لا ؟

فأجاب : وأما الولد الكائن مع أبيه على الصفة المذكورة فليس له شيء مما نتج بسبب خدمته مع أبيه، إلا إذا وقع الاتفاق منهما على ذلك أو جرى العرف

بالبلد حتى يصير كالمدخول عليه، فله حينئذ ما ناب خدمته مما نتج بسببها، بهذا وقعت الفتوى من المتأخرين. وعند صاحب المعيار ما يخالف هذا، ولكن الفتوى بما تقدم. (هـ).

وسئل أيضا عن رجل زوجه والده وتحمل له بالصداق ثم فارق عولته بعد ذلك عن أبيه فأعطاه أبوه غلة ثلث ما بيده من زرع وزيت وزبيب وإدام وغير ذلك فلم يقْنَعْ بذلك، وصار يطالب أباه في مقاسمة الأصول التي بيده زاعما أن له معه الثلث في ذلك، ولم يثبت عنه أنه أعان أباه في خدمة شيء قط.

فأجاب : أما ما ذكرتم من أمر الولد الطالب لأبيه قسمة أصوله معه فلا شيء له من أصل ولا غلة سوى ما تفضل عليه أبوه جزاه الله خيرا، وسخط على العاق الظالم، والسلام. (هـ). وفيها في المحل المذكور بعد هذا بنحو ست ورقات ما نصه :

وسئل الفقيه أبو الحسن علي بلقاسم بن خجو رحمه الله عز وجل، عن رجل له أملاك وله ولد يخدم معه تلك الأملاك، ثم زوجه فدفع لحليلة ابنه نقدها ولم يتكفل لها بالكالىء ولا غيره، ثم توفي الولد المذكور وتزوجت زوجه بعده، فقام الزوج الثاني على والد الزوج الأول في الكالى، وبقية من النقد وميراثها في زوجها زعمت أن له حظا في أملاك والده حيث كان يخدمها معه، وزعم والده أن لا شيء لها مما طلبت جميعا، لأن الأملاك له والابن إنما كان يخدم معه فقط كالعبد مع سيده، فلمن يكون القول منهما ؟

فأجاب : إذا لم تكن بين الأب وولده مفاوضة ولا شركة معتبرة شرعا استفادا بعدها شيء، بيد الوالد، فلا شيء للابن فيه، ويكون لمن قام مقامه من ورثته أجر مثله فيما كان يعمله مع والده، وإذا كان له عمل فللأب محاسبته إن شاء بما كان يجري عليه بعد بلوغه من الإنفاق والكسوة، وليس هو كالعبد، إذ لا جامع بينهما والله أعلم وبه التوفيق. (هـ).

مسألة، وفي مفيد الحكام ما نصه : وفي الواضحة قال عبد الملك : ومن

قول مالك في الشريكين : أن كل واحد منهما ينفق على نفسه وعياله بلا محاسبات، كانا في بلد واحد أو بلدين، اختلفت أسعارهما أو اتفقت، استوى عدد عيالهما أو اختلف إذا كان الذي بينهما قريبا، إلا أن يكون أحدهما عزبا والآخر ذا عيال كثيرة، فإن كل واحد منهما يحسب نفقته ثم يتحاسبان بينهما، وهذا في الشريكين المتفاوضين. (هـ) بلفظه بواسطة بعض التقاييد. (هـ).

ومنها أيضا :

سئل خالنا العالم أبو عبد الله محمد العربي الفاسي قدسه الله عن رجل : كان مع والده وإخوته ثم سافر إلى بلد أخرى وبيده صنعة الحياكة، فكان ينسج في البلاد المذكورة حتى جمع مالاً ثم رجع إلى دار أبيه فاشترى أملاكا ودواب وماشية، واعترف له أبوه أن كل ما اشتراه ابنه المذكور فهو بماله الخاص به، فلما توفي الأب قام على الابن المذكور إخوانه وأرادوا مشاركته في ذلك كله في كل ما اشترى، سواء اشتراه بماله الخاص به، أو بغيره لكونهم كانوا بدار واحدة مع أبيهم، وزعم الابن المذكور أنه يستبد بذلك.

فأجاب : إذا ثبت أنه كان له مال خاص به وأن أباه اعترف له بذلك كما ذكر أعلاه، فلا قيام للورثة أعلاه ولا يسمع كلامهم ولا يلتفت إليه، وأما إذا ثبت أنه كان له مال خاص ولم يثبت اعتراف أبيه وكان معهم على مائدة واحدة فالقول قوله مع يمينه أن الشراء إنما كان بماله الخاص به، وأما إذا لم يثبت له شيء من ذلك وكانوا على حالة المفاوضة فيما بأيديهم، فهم شركاء فيما اشتراه، هذا الذي أفتى به العلماء في ذلك كالشيخ راشد الوليدي وسيدي يحيى السرّاج وغيرهما رحمهم الله. (هـ).

وفيها أيضا :

وسئل الشيخ الإمام أبو زكرياء يحيى السرّاج رحمه الله عن رجل غاب عن بلده وترك أخويه بالدار ثم رجع بعد مدة طويلة فوجد أحد أخويه توفي وترك أولادا والآخر انجلى من البلاد وترك أولادا أيضا، فجلس مع أولاد أخويه واجتمعوا بدار

واحدة وعلى عولة واحدة،وتولى شؤون الدار كلها فأقاموا كذلك مدة من خمسة عشر عاما، ثم اقتسموا جميع ما بأيديهم من الأصول وغيرها، وبقي بيد عمهم المذكور، مال كان اكتسبه في غيبته المذكورة، فزعم أنه يستبد به وزعم أولاد أخويه أنهم يشاركونه فيه لرجوعهم على عولة واحدة، فهل يشاركونه كما زعموا أو لا ؟

فأجاب : بأنهم ليس لهم حق فيما بيده عدا ما نابهم من والدهم والده.

وسئل من سيذكر أعزهم الله، عن رجلين عقدا الشركة بينهما مفاوضة وأحدهما ببلدة والآخر بأخرى،وبينهما أكثر من مسافة القصر، وكل منهما يرسل للآخر من أنواع السلع ما يظن نفاقه وبيعه ببلد الآخر المرسل إليه، ثم إن أحد الشريكين أرسل سلعة للآخر بعد أن حضه المرسل إليه عليها، وكتب له بخط يده عليها المرة بعد المرة، فلما وصلت إليه صادف أصولها نفاقها من بيعها بربح كثير، وكتب المرسل اليه بعد وصولها بأنها نافقة جدا، وأنه اعطى فيها من الربح شيئا كثيرا، ثم إن المرسل إليه تركها عنده وأبقاها تحت يده حتى كسدت وصارت لا تساوي نصف رأس مالها، فحينئذ أبقى عنده النصف وأرسل النصف الآخر لشريكه المرسل كسدا، فلم يقبل المرسل النصف كسدا ذلك النصف،ولم يرضه، غير أنه عمله تحت يده حتى يتفاصل مع المرسل إليه، ولم يخلص الكراء لمن قدم به إليه، وقال له : الذي أرسل معك هذه السلعة هو يخلصك، هل يلزم هذا الذي رد إليه نصف السلعة بالبقاء على الشركة في تلك السلعة ولا كلام له مع المرسل إليه أو لا في إبقائها عنده حتى كسدت أو تلزم المرسل إليه السلعة كلها لأنه أبقاها تحت يده حتى كسدت وأدخل الضرر على الآخر في ذلك، وإذا قلتم تلزم المرسل إليه، فهل بما اشتريت به أولا، أو بما كانت تساويه حين أعطيه فيها كما هو ثابت بخط يده أم كيف الأمر في ذلك ؟ بينوا لنا مأجورين أبقاكم مولانا رحمة للأنام وملجأ للخاص والعام، وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته.

الجواب بتوفيق الله : أنه يجب على الشريك المذكور ضمان نصيب شريكه مما فوت عليه من الثمن الذي كانت تساويه السلعة حين وصولها إليه، لأنه متعد في ترك البيع وقد وصلت من الربح ما ذكر، والعادة تقتضي أن لا

يؤخر، فهو بتأخيره حتى وقعت فيه الخسارة متعد، فوجب عليه الضمان بذلك، وكل من شريكي المفاوضة وكيل عن صاحبه كما في نص المختصر وغيره. وقد نصوا في الوكيل يتعدَّى ويعطل ما أمر بفعله أنه ضامن لما فات بسبب تعطيله. فقال الوانوغي في قول المدونة في كتاب الرواحل : والدواب وقد حبسها المكتري عن نفسه بها وعن أسواقها ما نصه : لا يبعد أن يؤخذ من هذه المسألة أن الوصي إذا عطل رَبْع اليتيم عن الكراء مع إمكانه أنه يغرمه لتناول هذا التعليل له. (هـ). وقال ابن سهل : لو ترك الوصي جنات محجوره وكَرْمه وأرضه وأهمل عمارتها حتى تبورت وييست فعليه ما نقص بتضييعه. (هـ). وهذا يقتضي أن الشريك المذكور يضمن ما فوته على شريكه ما لم يكن له عذر واضح في فعله، والله أعلم. وكتب عبد الله محمد بن أحمد الغربي وفقه الله بمنه.

الحمد لله، ما سطر في الجواب أعلاه صحيح، وأخذ ضمان الشريك في نازلة السؤال من الفروع المذكورة واضح، غير أن المنصوص في تبصرة اللخمي ونهاية المتيطي وغيرهما في عامل القراض : إذا اشترى سلعة ثم ترك بيعها لشغله بقراض آخر حتى كسد سوقها، أنه يضمن رأس المال دون الربح على المشهور. ولا خفاء أن عامل القراض وكيل عن رب المال كما في نص المختصر، وعليه فينبغي أن يضمن الشريك في النازلة رأس مال السلعة المذكورة وهو الثمن المشتراة به دون الربح، والله سبحانه أعلم. وكتب عبد الله سبحانه وتعالى محمد المير لطف الله به آمين. (هـ).

وسئلت عن رجل فقير بالبادية تزوج امرأة كذلك، لها ولدان من غيره، فصار هو يخدم الزرع والغرس ونحو ذلك من خدمة الرجال، والمرأة تخدم الصوف ولقط السنبل في الفدادين أيام المصيف، ولقط الزيتون بالأجرة وشبه ذلك من خدمة النساء، حتى اشترى الزوج المذكور أصولا وماشية وحوائج، ثم طلق الزوجة وأراد الاستبداد والاختصاص بذلك فأبت هي وأرادت الدخول معه والشركة في جميع ما اشتراه من يوم تزوجها بقدر عملها وخدمتها، فهل لها شركة أم لا ؟

فأجبت : إن لها ذلك حسبما نص عليه غير واحد. ففي أجوبة الشيخ ابن

ناصر أنه سئل عن رجل وامرأة، كل واحد منهما يخدم على قدر جهده حتى مات أحدهما أو طلقها، كيف يقتسمان أموالهما ؟

فأجاب : تأخذ المرأة بمقدار جريها مما زاد على ماله يوم تزويجها بحسب نظر أهل المعرفة في ذلك. (هـ). ونحوه في أجوبه العلامة سيدي محمد الورزيزي فإنه سئل عن الزوجة إذا كانت تخدم في دار زوجها، هل لها حق فيما استفاده زوجها من خدمته وخدمتها أو لا ؟ فأجاب : قال الإمام ابن العطار : مذهب الإمام مالك وأصحابه، أن المرأة إذا كانت تعمل مثل النسيج والغزل ونحوهما، فإنها شريكة الزوج فيما استفاده من خدمتها أنصافا بينهما، وكذا الأم مع أولادها، والأخت مع إخوتها والبنت مع أبويها، ونساء البادية والحاضرة في هذا سواء. (هـ).

وسئل سيدي عيسى السجستاني عن عبد تزوج حرة بإذن سيده وولد معها، وكان يخدم مع أولاده وأمهم طول المدة حتى حصل لهم المال، هل لسيد العبد شيء في المال الذي سعى عبده مع أولاده الأحرار وأمهم فيه ؟

فأجاب : المال المستفاد شركة بين السّاعين فيه، العبدِ وزوجه وأولاده. (هـ). نقله العلامة السجلماسي في شرح عمليات فاس، وقال : قلت : هذا، والله أعلم، في المال الحاصل بمجرد تكسبهم وعمل أبدانهم، وأما إن كان أصل المال الذي بين أيديهم مملوكا لأحدهم ولكنه نما بخدمتهم وقيامهم عليه، فإن النماء لمالك الأصل وعليه أجرة المثل لمن عداه. (هـ)، وهو صحيح والله أعلم. المهدي لطف الله به.

مسألة : الحمد لله، الحائط المشترك ليس لأحد من الشريكين أن يتصرف فيه ولا أن يحدث فيه شيئا إلا بإذن شريكه. ففي العمدة ما نصه :

وليس لأحد من الشريكين أن يتصرف بهدم أو بناء أو فتح باب أو كوة ونحو ذلك إلا بإذن الشريك. وفي ابن الحاجب ما نصه : ولكل المنعُ في المشترك. (هـ). وسلمه شارحاه : ابن عبد السلام وصاحب التوضيح. وفي ابن عرفة ما لفظه : وفيها مع غيرها منع أحد الشريكين بمجرد الملك في شيء تصرفه

فيه دون إذن شريكه لمزومية التصرف في ملك الغير دون إذنه. (هـ). وفي التلقين والمعونة والشامل والقوانين وغيرها نحو ذلك، وإذا كان الانسان ممنوعا من التصرف في الجدار المشترك لعلة الاشتراك اللازم عنه ما ذكر ابن عرفة، فأحرى أن يمنع منه في جانب المسجد للعلة المذكورة ولحق الله تعالى. فقد قال محمد بن غالب ومحمد ابن وليد في مسألة من أحدث ضررا على مسجد ما نصه : والقول منا بإجماع أن الضرر الحادث على المسجد يقطع على كل حال، والضرر في حقوق الناس يتَّقَى ويُردُّ، فكيف في حقوق الله عز وجل هي أحق ما دُب عنه ونُفِيَ الضرر منه. (هـ).

وأما قول أهل البصر : إن الحائط مشترك بينهما فهو مع كونه لا يفيد المحتج به شيئا لما بيناه، مما لا ينبغي لهم، ومن حق القاضي أن يمنعهم منه لقول القاضي المكناسي آخر المجلس الثالث : إن من حق القاضي أن ينظر في شهود البصر في المباني ويختبر أحوالهم في أجرتهم ويشترط عليهم شروطا، منها : أن لا يحكموا في حائط لأحد المتنازعين، وإنما يصفونه فقط بوصف يزيل الإشكال، الخ.. قف عليه إن شئت، ونحوه لابن سهل، ونقله المتيطي وابن فرحون وغيرهما مسلما. وبالجملة كان من حق الرجل المذكور أن لا يُقْدِم على ما فعل حتى يسأل إن كان لا يعلم أو يُحْجِم إن كان يعلم. وقد حكى القرافي في الفرق الرابع والتسعين الإجماع على أنه لا يجوز للمكلف أن يقدم على أمر حتى يعلم حكم الله فيه. (هـ). وسلمه ابن الشاط، والله سبحانه أعلم. وكتب محمد المير لطف الله به.

الحمد لله وحده، الجواب أعلاه بفصوله كلها صحيح. وقد أيده المجيب سدَّده الله بما لا مزيد عليه من النقول والحجج، ولا خفاء في سقوط الشهادة بذلك وجرحة فاعله بعد العلم به والله أعلم. وكتب محمد بن أحمد الغربي وفقه الله بمنه.

الحمد لله، الجواب المسطر أعلاه جوابا وتصحيحا صحيح يجب العمل بمقتضاه، والله تعالى أعلم. وكتب عبد الرحمان السرايري. (هـ) من خط من ذكر

بواسطة بعض الفقهاء رحم الله الجميع.

وسئلت عن رجل التزم أن يبني حائطَ أَرْوَى شخصٍ متلاشيا من ماله على أن يغرز فيه ما شاء من الخشب ويكون شريكا فيه أيضا، فحضر صاحب الأروى وأذن له في البناء والغرز ولم يسلم له الشركة فيه، ثم هدمه الملتزم المذكور وبناه كما كان أولا وشرع في الزيادة عليه فمنعه صاحب الأروى وقال : إنما أذنت لك أن تهدمه وتبنيه جديدا كما كان دون الزيادة عليه، فتنازعا في ذلك، فحكم القاضي بأن له أن يبنيَ عليه ويزيد فوقه ما شاء، مُعللا حكمه المذكور بكون صاحب الِأروى أقر أنه أذن له في بناء الحائط الأصلي، فحيث أقر بأن الملتزم المذكور هو الذي بناه فقد سلمه وملكه إياه، فله أن يبني ما شاء فوقه إلى السماء.

فأجبت : الحمد لله، الحكم الصادر من القاضي سدَّده الله على الوجه المذكور باطل، لأنه على تسليم الشركة بينهما فيه لا يجوز له إحداث الزيادة على ما كان عليه الحائط أولاً إلا بإذنٍ مستأنف من صاحبه. قال العلامة المحقق المعروف بِابْن الرامي في كتاب الأبنية والجدر ما نصه : إذا كان حائط بين رجلين فأراد أحدهما أن ينتفع به بغير إذن صاحبه فلا يخلو، إما أن ينتفع به كله أو يأخذ نصفه يبني عليه ويترك النصف الآخر لشريكه، فإن أراد أن يبني عليه كله فليس له ذلك بإجماع أهل المذهب. وإن بنى هدم عليه، قل ذلك أو كثُر، وإن طلب أن يبني على نصفه الذي يليه قولان : قال ابن القاسم في رواية ابن عبد الملك : ليس لأحد الشريكين أن يحدث على جدار يكون بينهما شيئا، من رفع بنيان أو غرز خشبٍ أو شيء من ذلك إلا بإذن شريكه وهو المشهور، وبه الفتوى وعليه العمل. (هـ) الغرض منه. وقال في العمدة : ليس لأحد الشريكين أن يتصرف بهدم أو بناء أو فتح باب أو كوة إلا بإذن الشريك. (هـ).

وقول القاضي أيضا لكون منازعه أقر بتسليمه وتمليكه إياه ببناء أصله.. فهمه القاضي من أن بناء أصله يوجب ملكه، يُرَدُّ بأن الباني هنا وهو المقوَّمُ عليه، معترف بأنه بناه لربه لا لنفسه، كما صرَّح به في رسم الالتزامِ بقوله : التزم ابريشة

أن يبني للرزيني حائط أرواه، وبعد ذلك هو شريكه فله أن يغرز ما شاء من الخشب. (هـ). فأنت تراه صرَّح ببنائه للرزيني لا لنفسه، فكيف يثبت له ملكه فضلا عن كونه يملك ما فوقه. فالحاصل أن المقوم عليه إنما ادَّعى نصف الحائط والمالك الأصلي لم يسلم له هذا النصف، فحكم القاضي بإنه للمقوم عليه بجملة هو وما فوقه، خارج عن دعوى الخصمين معا تأمله. وقول القاضي أيضا: من ملك شيئا من الأرض فله هواؤه، موضوع في غير محله، لأن باني الحائط هنا لم يملك شيئا من الأرض، ولم يدَّع أن له فيها حقا، وإنما ادَّعى أن له النصف في البناء دون الأرض، ومع ذلك لم يسلِّم له شيء منه. وقول القاضي أيضا : والانسان محمول في تصرفه على أنه لنفسه لا لغيره، هذه العبارة عند الفقهاء وهي قولهم: محمول على كذا، إنما تستعمل عند جهل الحال فيقولون : محمول على الصلاح مثلا أو على الرشد أو السفه أو قبض الثمن، أما مع البيان كما هنا فإن الملتزِم بيَّن أن له النصف فلا معنى لذلك، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد بن الخضر الحسني العمراني لطف الله به.

وسئلت عن امرأة ادَّعت على أخرى أن لها حقا في الدار الكبرى التي هي بالقطانين من فاس، وهما معا ساكنتان في الدار المذكورة بأولادهما، وبينهما عداوة وشحناء يخشى عليهما من ذلك، والآن تطلب من المدَّعى عليها إخلاء الدار المذكورة على يد الشرع، فأجابتها المدعَى عليها بأن لهما داراً أخرى مشتركة بينهما بالدرب الطويل، وكِلَا الدارين من الدور المعتبرة، ولا يتحفظ عليهما إلا من كان يملك فيهما، وأما المكتري فيفسدهما إذا دخل اليهما لكونه لا يتحفظ عليهما كما هو مشاهد، فتطلب من الشرع تقويم الدارين معا بأرباب البصر، كل واحدة على حدتها وتقع القرعة على الدارين ممن خرجت فيه واحدة منهما يسكنها بما قومت به ويرتفع بذلك ضرر العداوة، فحكم القاضي عليهما بإخلاء الدار المذكورة.

فأجبت : الحمد لله، لا تجاب المرأة إلى ما طلبته من إخلاء الدار المشار إليها رأسا بحيث لا يسكنها أحد من الفريقين أصلا لا بكراء ولا بغيره لما في ذلك من الإضرار بلا فائدة.

ففي جواب للإمام المحقق العلامة القاضي الأعدل سيدي العربي بردلة رحمه الله عن نحو النازلة ما نصه :

إن الشريكين إذا لم يتفقا وتنازعا في السكنى فيلزمهما إخلاؤها وتكرى للغير، والذي تقف به على الغير إن أراد أحدهما أن يأخذها كلها به فله ذلك إن سلم له صاحبه فيها، وإن لم يسلم له فلا يأخذها إلا بالزيادة، فإن زاد فللآخر أن يزيد عليه، فإن تزايدا فيها كانت للذي أعطى أكثر بأن ترك صاحبه الزيادة عليه، فإن انقاد بأن تزايدا فيها من أول الأمر فلا إشكال. (هـ).

ونحوه قول الشيخ التّاودي أيضا في جواب له ما نصه :

إن الشركاء حيث حادوا عن طريق الانتصاف وأبدوا التعاكس والاختلاف يتعين رفع ضررهم وقمع شرهم بأن يحملوا على أحد الأمرين : التقاوى أو الإخلاء للكراء من الغير، كما أفتى به أبو عمر بن القطان إلى أن قال عنه : وإذا وقفت على ثمن فلمن أراد سكناها منهم أخذها بذلك إلا أن يزيد عليه بعض من شاركه. (هـ). وفي حاشية ابن عاشر نقلا عن اختصار المتيطية ما نصه : فإن احتمل القَسْم قسم بينهما وإلا تقاوياه وإلا أكري عليهما. (هـ). وإذا أكريت عليهما ووقفت على أجنبي فلأحد الشريكين أخذها بذلك، وإلا تزايدا عليها كما قاله سيدي عبد القادر بوخريص : الذي تحصل لنا في النازلة وأضرابها أن الأشراك إذا تراضوا على قسمة المنافع أو المزايدة فيما بينهم فالأمر واضح، ولا يجبر من أبى ذلك لمن طلبه وإلا أكريت عليهما، وحينئذ فلا بد لهم من إخلائها للكراء، ويقسم الخرج على نسبة حصصهم، فإن وقفت على أجنبي وأراد أحد الشركاء الأخذ بزيادة وسلم له من عداه فلا إشكال وإلا تقاووها ثانيا، وهذا ما عندنا بعد مطالعة ما بأيدينا من شروح المختصر، وفتاوي أهل الأندلس المشار إليها في مثل اللامية، وإن كان موضوعها في التسويق للبيع. (هـ). وفي أجوبة الشيخ التاودي فتاوي بهذا المعنى، أنظره ولا مخالفة في هذا القول للعمل المنظوم في قول الفاسي :

وليس يجبر على المقاومة ذو حظ ما لا يقبل المقاسمة

قال في الشرح : وأولى ما يقبل المقاسمة لأن معناه أن الشريك لا يجبر على المقاومة، بل إما أن يتوافقا على الانتفاع به مشتركا وإلا بيع عليهما، والكراء مثل البيع، فإن اتفقا على الانتفاع به مشتركا وإلا أكري عليهما. (هـ). فهو إنما تكلم على أن الدار تُخْلَى منهما وتُكرى للأجنبي ، وهل لأحد الشريكين أن يأخذها بعد ذلك بما وقفت على ذلك الأجنبي الخ... ما مر أولا، فهذا لم يتكلم عليه الناظم وتكلم عليه من تقدم من الأئمة وغيرهم، فوجب الأخذ بقولهم،والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك بما نصه : هل ينقطع تصرف المفاوضين بالموت ؟

فأجاب : إنه لا ينقطع حيث كانوا إخوة كما في الواقعة. ففي حواشي شيخنا (أي التّاودي) ما نصه :

فرع : فإن مات بعض الإخوة وترك أولادا وبقوا مدة على الحالة الأولى ثم أرادوا القسمة مع عمهم، فادعى في بعض الأملاك أنها له وقد اشتراها باسم نفسه واستظهر على ذلك برسوم بيده، لم يقضَ له بشيء من ذلك وهو على الشركة إلا أن يثبت شراؤه بمال غير الشركة. (هـ). ثم استدل عليه بما في المعيار وهو دال على أن التصرف لا ينقطع بالموت، ويدل له ما في نوازل الشريف. نعم، إن لم يبقوا على الحالة المذكورة أو كان فيهم من لا يعتبر إذنه كالصغير الذي لم يميز، اختص بما اشتراه ولم يكن لغيره إلا الثمن لفقد الإذن، كما قاله سيدي أحمد بن عبد الوهاب وغيره وهو ظاهر. قلت : قوله أو كان فيهم من لا يعتبر إذنه كالصغير... الخ. فيه نظر، لأن هذه الشركة حكمية بسبب الاشتراك في المائدة، فلا تفتقر إلى إذن.

وسئل أيضا عن غائب ببلد النصارى له صاحب بطنجة يوجه له السلع، فمات الغائب بغيبته وجاء ورثته لصاحبه فادعى الشركة ودفع لهم نصف رأس مالها وربحها واستبد بمثل ذلك، ثم ظهر بخط يده أنه لا شركة له وأنه كان يسألها منه أو البيع بأجر، وأنه دفع لورثته في حياته برميلا من قشينية كان عنده أمانة للغائب، واعترف بذلك قبل، والآن حسَبَهُ عليهم في رأس المال.

فأجاب : إن عليه إثبات ما ادعاه من الشركة حيث بان بخط يده أنه لا شركة له وأنه كانَ يلتمسها من موروثهم فخادعهم بالفصل الناقص دون إفصاح بشركة بل بما تضمنها وهو دون ثبوت أو ما يوازيه لا يجديه في الرشداء عن أنفسهم، فكيف بالنائب عن غيره، فكيف بالمحجورة التي لا يجوز الإقرار عنها من وصيها في غير ما يتولى من معاملة، كما في المعيار من جواب بعض الشيوخ وهو في غيره. وأيضا في الحطّاب وغيره عن البرزلي أنه لا يجوز للوصي أن يباري عن المحجور البراءة العامة وإنما يباري عنه في المعينات. (هـ). فكيف بغيره ممن هو دونه، وأيضا تلونه في البرميل من الأمانة إلى الشركة، مما يكدر صفوه وينبئ بكذبه فيما قال من الشركة، وينظر له في الجملة ما في المعيار عن سيدي عبد الله الزواوي، ونقله سيدي عبد القادر الفاسي في أجوبته عن البرزلي محتجا به، ونصه :

سئل عمن توفي وترك عليه مهراً لزوجته، فصالحها أخو الميت على شيء منه وسلمت له في الباقي، ثم قامت بعد ذلك وادعت أنه قال لها : إن زوجك لم يترك شيئا، وأنها جهلت المتروك، ثم تبين أنه ترك ما يوفي بالصداق.

فأجاب : إن جهلت المتروك فلا يلزمها ما سلمت فيه، لأن الأخ غشها بقوله : ما ترك شيئا ووثقت بكلامه إذا أظهر المال (أي فلا يلزمها إذا أظهراه)، وتحلف أنها جاهلة بما ترك. (هـ). وعلى نهجه هنا يقال غشا ووثوقا، قيل في المعيار عقبه : إن أصل هذه المسألة في المدونة قال : قلت فيمن ادعى دارا في يد رجل فأنكره فصالحه المدعي على ما أخذ منه، ثم أقر له المطلوب، الخ.. المسألة. (هـ). وخط اليد كالإقرار أنه لا شركة له، فما مدّه به منها لا أصل له أو له أصل دخين ببطاقات أو يَطْرات، وذلك لا يثبت به على استقامة. (هـ).

وسئلت عن مسألتين :

الأولى، ما يقع في البادية من أن الرجل يدفع غنمه لمن يحرسها ويقوم بجميع أمورها على أن يكون له الربع مثلا من نسلها ونحو الثلث من سَمْنَها، هل يجوز ذلك للضرورة إذ ليس كل واحد يقدر على مباشرة غنمه بنفسه أو لا يجوز ذلك لما فيه من الجهل، إذ لا يدرى هل يكون نسل أو لا ؟

الثانية، ما يقع في البادية أيضا من أن الرجل يدفع البقرة مثلا لرجل آخر بعد تقويمها بمائة مثلا وهي لا تساوي في العادة إلا نحو الخمسين، على أن يقوم بحراستهاوبجميع ما تحتاج إليه حتى تلد ويباع أولادها، فيأخذ ربها تلك القيمة التى قومت بها أولا من ثمن الأولاد التي بيعت، ثم تصير بعد ذلك شركة بينهما هي وأولادها فيما يستقبل، وقد تقع هذه الثانية في الحيوان الذكر بأن يكون صغيرا أو هزيلا مثلا، فيدفع لمن يقوم به بعد تقويمه على تلك الصفة، فإذا مضت عليه مدة وصار كبيرا أو سمينا باعاه معا، وأخذ ربه من ثمنه قيمته التي قوِّمَ بها أولا واقتسما الزائد بينهما، فهل الثانية بنوعيها ممنوعة لما احتوت عليه من أوجه الفساد التى لا تخفاكم أو لا ؟

فأجبت بتوفيق الله سبحانه : أما الصورة الأولى فجائزة إن دعت لذلك ضرورة على مقتضى ما قاله الزرقاني عند قول المختصر : «واعْمَل على دابتي فما حصل فلك النصف»، ونصه : ومحل المنع في غير الضرورة والايجار.

فقد سئل أصبغ عن رجل يستأجر الأجير على أن يعمل له في كرمه على النصف مما يخرج الكرم، أو الثلث أو جزء منه معَين.

فأجاب بأنه لا بأس به في جميع ما يضطر إليه، وكذا أجاب أبو القاسم ابن سراج عن إعطاء السفن بجزء مما يتحصل إذا لم يوجد كراؤها إلا على هذا الوجه بجوازه للضرورة. (هـ). ومثله للشيخ التّاودي في شرح التحفة، ونصه : وعن ابن سراج أنه أفتى بجواز إعطاء السفينة بالجزء إذا اضطر لذلك، ومثله الجباح بجزء من عسله، والزرع بجزء منه لمن يخدمه. ومذهب أحمد وجماعة من السلف جواز الاجارة بالجزء،قياسا على القراض والمساقاة، وعليه يخرج عمل الناس، قف عليه بقوله جواز الاجارة بالجزء أي بجزء مما يحصل كالغلة والنسل وهي مسألتنا والله أعلم. وأما الصورة الثانية فممنوعة بنوعيها للجهل بالثمن، إذ لا يدرى هل تلد في العام الأول أو الثاني أو الثالث وهلمَّ جرا. وللغرر أيضا إذ لا يدرى هل تلد شيئا أم لا ؟ ولأن مقتضى أمرهم أن ذلك بيع بالخيار إلى وقت وجود الأولاد وبيعها وقبض ثمنها، إذ بذلك تصير الشركة بينهما لازمة لأن ربَّها إذا بقيت عنده ولم تلد شيئا

يطلبها منه فيمكنه منها بلا دعوى، وكذلك قابضها إذا لم يظهر له فيا ربح يردها على ربها فلا يمتنع منها.

وفي المعيار عن ابن لبابة أنه **سئل** عمن يبيع نصف غنمه على أن يؤدي من نسلها وغلتها، وعلى أن على المشتري حراستها سنين، فإذا تمت قاسمه حينئذ.

فأجاب : معاملتهما فاسدة تفسخ. ومثل ذلك في نوازل ابن هلال فإنه قال : إن وقع في عقد البيع أنه يقضيه من غلتها كل عام فهي فاسدة، وأخذ فسادها بالأحرى من مسألة حريم الآبار. (هـ). فإذا تقرر أنها من البيع الفاسد فتجري عليه، فإن أدركت بالقرب فتفسَخُ وإن فاتت فتمضي بالثمن إن كانت ختلفا فيها وإلا فالقيمة يوم القبض، كما قال في المختصر : وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض ورد ولا غلة، فإن فات مضى المختلف فيه بالثمن وإلا ضمن قيمته حينئذ. وعليه فمن طلب منهما فسخ هذه الشركة بالقرب، فإنه يجاب ولا شيء له على صاحبه، وإن طلب الفسخ بعد الطول فلا كلام له. وأما صورة أخذ الحيوان لمن يقوم به على أن يكون الزائد بينهما، فلا تجوز. والحيوان على ملك ربه ولقابضه أجرة قيامه. قال في المدونة : لو قلت له : بع سلعتي فما بعتها بشيء فهو بيني وبينك، أو قلت له : فما زاد على مائة فبيننا فذلك لا يجوز، والثمن لك وله أجر مثله. (هـ). قال ابن غازي : من معنى المسألة الثانية تقويم المالك ثمرة الحائط على المساقي أو غيره بكذا، فما زاد فبينهما، بخلاف الذي يبيعه جزءا على أن يفعل به الآن ما شاء ويقوم له الجزء الباقي. (هـ).

والحاصل أن من دفع دابة لغيره لأجل أن يحرسها ويقوم بأمورها لأجل معلوم على أن يكون له جزء منها كالثلث والربع، فإن كان معجلا جاز وإن كان لا يملكه إلا بعد انقضاء الأجل فممنوع، وإن وقع على السكوت ففيه قولان، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

ومن نوازل المحقق الزرهوني أن القاضي بردلة **سئل** عن رجل تهدم له حائط مشترك مع جار له، وتهدمت له سقف خاصة به، كما تهدم لجاره المذكور جدرات وسقف خاص ذلك به، وسقطت أنقاض جميع ما تقدم له ولجاره بدار جاره، لكون داره أعلى من دار جاره، فلما بنى كل منهما ما سقط له وأخذ كل واحد من انقاض الآجُر والتراب ما احتاج إليه في البناء، فضل بعد فراغهما تراب هو في موضع سقوطه بدار الجار التي هي السفلى، فطلب مالك هذه الدار السفلى مالك الدار العليا بأن يشاركه في نقل التراب الفاضل وإخراجه من الدار التي هو بها وطرحه حيث يطرح فامتنع من ذلك، فهل سيدي يلزمه أن يشاركه في ذلك مع أن كل ما تهدم وسقط له إنما سقط بنفسه فقط من غير أن يهدمه ويسقطه هو ولا غيره، أم لا يلزمه أن يشاركه فيه، أجيبوا مأجورين.

فأجاب : الحمد لله، الجواب أن صاحب الدار العليا لا يلزمه حمل التراب الذي سقط من عنده على الدار السفلى، ولا يكلف بذلك.نقل ذلك في المجالس عن المتيطي، وأصله لسحنون. وفي المواق ما يؤخذ منه ذلك، والله أعلم. وكتب عبد الله تعالى العربي بن أحمد بردلة، كان الله له آمين. (هـ).

وسئل سيدي أحمد الشدادي عن ورثة شركاء في دار إرثا عن أسلافهم سكنوها مدة ثم خرج منها أحدهم وسكن بغيره بذلك البلد وبقي نحو خمس سنين، والآن أراد القيام على أشراكه الباقين فيها بكراء نصيبه منها، فهل له القيام ويأخذ الكراء الواجب في مدة سكناهم منفردين به عالمين بخروجه منها، جوابا شافيا.

فأجاب : الحمد لله وحده، الجواب عن النازلة أعلاه هو ما قاله العلامة ابن هلال في مثل النازلة، ونصه :

وأما استعمال بعضهم المال الموروث دون بعض، فإن دل دليل على المسامحة والإرفاق فذاك، وإلا وجب الرجوع عليه، هذا مقتضى الأصول والقواعد، إذ الأصل إبقاء الأملاك على ملك الملاك، فلا تنتقل إلا بأمر محقق، ثم قال بعد كلام نقله في النازلة عن الشيوخ ما نصه : وفي الاكمال : كل من ثبت له حق فلا

يسقط إلا بنصه على إسقاطه أو بفعل يقوم مقام النص. (هـ) منه. فإذا تأملت هذا مع السؤال، بَان حكم النازلة، والسلام. وكتب عبيد ربه أحمد بن علي الشدادي.

وسئل شيوخ شيوخنا عن نازلة كثيرة الوقوع وهي : رجلان توفي والدهما وبقيا على الشركة كما كانا قبل وفاته، وشرع أحدهما في الاكتساب بالشراء وغيره ويضم إلى مال الشركة، والآخر يشتري الأصول ويعقد ذلك على نفسه ولم يطلع على ذلك أخوه، وهو يتصرف معه فيه تصرف الشركاء وبقي الأمر كذلك إلى أن مات أخوه، فقام ورثته يطلبون القسمة في جميع الأملاك متخلف الوالد وغيره الذي حصل بالشراء بعد وفاته، ومنعهم عمهم مدَّعيا أن ما اشتراه يختص به، والعوض الذي دفع فيه لم يكن من مال الشركة ولم يبين من أين أتاه، فهل القول لطالب القسمة محتجا بإن أصل العوض من مال الشركة، أو القول قول من منعه وتسمع دعواه. وهل يكلف مع ذلك باثبات أصل العوض من أين أتاه أو لا يكلف، وإنما يلزمه اليمين على ما ادعاه من الاختصاص بالعوض، أو لا تلزمه اليمين، جوابا شافيا مقوًّى بالنقول، والسلام.

الحمد لله، الجواب : إن المشتري المذكور الذي يكتب أنه اشترى لنفسه لا ينفعه ذلك، بل يقسم المال بين الجميع. نعم إذا أتى ببينة تشهد له أنه ورث ذلك المال المشترى به أو وهب له مثلا فحينئذ يختص به وإلا فلا، لأجل أن المتفاوضين في الأموال هي بينهم حتى يقوم دليل على اختصاص أحدهما بشيء فإنه يختص به حينئذ. قال في التهذيب : إلا ما قامت عليه البينة أنه لأحدهما بإرث أو بهبة أو صدقة أو كان له قبل التفاوض وأنه لم يعاوض عليه فيكون له خاصة والمفاوضة فيما سواه قائمة. فإذا لم يعرف لهذا الرجل المشتري باسم نفسه مال يختص به، فما اشتراه لا يختص به والشركة فيما بيدهما بمنزلة شركة المفاوضة، على ما قاله سحنون، وإن خالفه اللخمي في ذلك، قاله ابن ناجي على المدونة. (هـ). قاله وكتبه عبيد ربه الحسن بن رحال المعداني لطف الله به.

وبعده، الحمد لله، الجواب أعلاه صحيح، وبصحته والموافقة عليه يقول

العبد المفتقر لرحمة ربه علي الشدادي وفقه الله بمنه.

وبعده، الحمد لله، الجواب والتصحيح أعلاه صحيحان، وهذان الرجلان اللذان توفي والدهما وبقيا يتصرفان في متخلفه بأنواع التصرفات هما شريكان شركة مفاوضة، فما اشتراه كل واحد منهما من الأصول أو غيرها فللآخر الدخول فيه. وقول المختصر : ولأخذ لائق له، أي اشتراه من مال الشركة وادَّعا شراءه لنفسه فيقبل قوله. قال التتائي عن التوضيح : هذا إنما هو في الأكل والكسوة، ابن القاسم : وذلك بخلاف شرائه لنفسه شيئا من العروض والرقيق، فإنه يدخل معه فيه. (هـ). وفي الفيشي عن اللقاني قوله (أي خليل) : ولأخذ لائق له، فرضها في المدونة في المأكول والملبوس، فيقيد به كلام المصنف. (هـ). وقد ذكر الوارد بالسؤال : أن هذا المتصرف وُهب له أصل هبة ثواب، فهل يكون بمنزلة ما اشتراه؟

وجوابه أن هبة الثواب كالبيع كما صرح به شراح المختصر، التتائي وغيره. وعليه فالحكم واحد، فإن ذلك يرجع للشركة، لأن الثمن المدفوع ثوابا من مال الشركة، والله أعلم. وكتب عبد الله سبحانه، محمد عبد السلام بناني لطف الله به. (هـ).

قلت : ومعنى التفاوض أن كل واحد من الشريكين فوض لصاحبه في كل ما جرَّ إليه من نفع. (هـ). وفي ابن عبد الصادق عند قول خليل في الشركة : والقول لمدعي التلف والخسر ما نصه : قال ابن عرفة : ما لم تقم عليه تهمة في التلف والخسر كدعواه التلف وهو في رفقة لا يخفى ذلك عليها، فيسأل أهل الرفقة فلم يعلم ذلك منهم أو يدَّعي الخسارة في سلعة لا يعلم ذلك فيها لشهرة سعرها ونحو ذلك.

وسئل من سيُسَمّى عن رجل أتاه رب مَرْسٍ، وذكر أن لوالده مطمورة مختزنة به، وكان في علم صاحب المطمورة أنها مشتركة بين والده والغير، وقد توفي هذا الغير وورثه ورثته، وقد أقر له بعض هؤلاء الورثة بالشركة وجعلوا يحفرون عليها

ليخرجوا ما فيها، ثم إن المكري رب المرس المذكور أخرج رسما يتضمن كراءها لهذا الغير المذكور ولا ذكر فيه للشريك المذكور، فهل العمل على ما قاله رب المرس أولا وعلى اقرار بعض الورثة، ولا يضر ما رسم في هذا الرسم، إذ لا حجة فيه قوية مع ما ذكر، لأن الناس كانوا يكترون المطامر ويشركون معهم الغير من غير إشهاد كما هو معروف عندهم في ذلك.

فأجابوا بما نصه : الحمد لله، هذا الرجل المدَّعي للشركة في المطمورة وليس هو مذكورا في رسم اكترائها، إذا أقر له بعض ورثة المكتري بالشركة فإنه يقضى عليه في نصيبه ويكون شاهدا في نصيب غيره من الورثة، كما أن صاحب المرس إذا أثبت شركته هو شاهد له أيضا، فينظر في شهادتهما، فإن كانا عدلين مقبولين حكم له بغير يمين وإن كان المقبول واحداً فقط حلف معه، وإن لم يُقْبَلْ واحد منهما فليس له على المنكر من الورثة في نصيبه إلا اليمين، والله سبحانه أعلم. وكتب عبد ربه محمد بن لحسن بناني لطف الله به. (هـ).

وبعده، الحمد لله وحده، المسطر أعلاه صحيح، والله تعالى أعلم. وكتب عبد الله سبحانه، عبد الكريم اليازغي خار الله له بمنه. (هـ).

فرع:فإن كان الولد قائما بأمور أبيه ثم مات الأب وأراد بقية إخوانه الإرث، فادَّعى في أملاك الاختصاص بها، وأقام رسوما بشرائها باسم نفسه فلا يخلو، إما أن يثبت أنه كان له مال وأن الأب كان يسلم له في ذلك أو يثبت الأول فقط أو لا يثبت شيئا من ذلك. ففي الأول يختص وكذا في الثاني إن حلف، وفي الثالث لا شيء له، والجميع ميراث. قاله سيدي يحيى السرّاج وسيدي راشد. (هـ) من حاشية شيخنا أبقى الله بركته. (هـ) من خط الفقيه المفتي سيدي علي بن ادريس (هـ).

قلت : ومراده بشيخه الشيخ التّاودي بن سودة رحم الله الجميع بمنه، وانظر نوازل القسمة من نوازل الشريف العلمي. (هـ).

وسئل كاتبه مع الغير عن ابن أخ أقام بينة بأنه منذ توفي والده وهو مع

عمه على مائدة واحدة من أكل وخدمة وحرث وشراء الدواب والاصول.

والجواب : أن الشركة المشهود بها أعلاه عاملة يقضى بها. ففي المختصر : إن شهد بالمفاوضة ولو لم يشهد بالإقرار بها على الأصح. وكتب محمد بدر الدين الحسني، وأوقعت تحته ما نصه :

الحمد لله، ما رسم أعلاه صحيح، فيقضى بالشركة بين العم وولد أخيه المذكورين بشهادة البينة باشتراكهم في مجرد المائدة، فقد أفتى أبو عمران موسى ابن عبد الله السلماني في أخوين بقيا في دار بينهما على عولة واحدة وخدمة واحدة إلا أن أحدهما كان يتولى البيع والشراء دون الآخر، ثم وقع بينهما خصام فادعى أحدهما أنه اشترى ذلك لنفسه.

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكرتم فلا يختص أحد الأخوين بشيء عن صاحبه مما اكتسباه في حال الشركة. قال أبو الحسن في كتاب الشركة : والإخوة على حكم التفاوض، فلا يمتاز أحدهما على الآخر بشيء ما داموا على حكم الشركة. وبمثله أجاب الشيخ ابراهيم الجلالي، والشيخ راشد بن أبي راشد، والشيخ يحيى السرّاج والشيخ ابن عرضون الكبير. ونحوه في المعيار فيمن كان مع والده على عولة أو مع أخيه أو مع أولاد أخيه. إلى أن قال : بمجرد اشتراكهم في المائدة يثبت لهم حكم المفاوضة، فلا يختص أكبرهم أو حاضنهم بشراء لنفسه دون أبيه وسائر إخوته أو أولاد أخيه. ولا مفهوم لقول المتن بالمفاوضة، وكذلك إذا شهدوا بالشركة فيكون شريكه في جميع ما بيدهما كما في ابن يونس، أنظر نصه في شرح ابن عبد الصادق، والله الموفق. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته. وقد وقع الجواب عن الولد الرشيد الذي يخدم أباه بأنه لا شيء له عليه إلا إذا اتفقا على الاشتراك أو جرى عرف البلد بذلك، فحينئذ يكون الولد شريك أبيه بنسبة ماله الناشيء عن خدمته من مال أبيه، وإلا اختص كل واحد بماله، وكما لا حق للولد في مال أبيه في حياته، كذلك لا حق للأب الغني في مال ابنه حسبما هو مقرر. ففي جواب للشيخ العالم النوازلي أبي سالم سيدي ابراهيم الجلالي عن معنى النازلة ما نصه : أما الولد الكائن مع أبيه على الصفة المذكورة فليس له شيء فيما نمّى

بسبب خدمته مع أبيه إلا إذا وقع الاتفاق منهما على ذلك أو جرى العرف به بالبلد حتى يصير كالمدخول عليه، فله حينئذ مناب خدمته فيما نما بسببها، بهذا وقعت الفتوى من المتأخرين والله تعالى أعلم. (هـ).

وسئل الإمام السرّاج عن رجل له أولاد، فاشترى أحدهم أشجارا من الزيتون في حياة أبيه وهو عازب، فبقي الأب والولد المشتري يستغل الزيتون المذكور مدة، فتوفي الأب وأراد الولد االمذكور أن يمتاز بما اشتراه فمنعه إخوانه قائلين له : إنك اشتريت بمال والدنا وفي حياته وعلى عولة واحدة، والولد المشتري ليس له بينة على الشراء بماله، فهل سيدي يكون له ما ادعاه من الشراء من غير يمين أو لا شيء له، ويكون ما اشتراه ميراثا بينهم؟

الجواب :انه يكون له ما اشتراه بيمين، والسلام.

وسئل أيضا عن رجل كان له ولد ساكنا معه بداره فاشترى الابن المذكور حيوانا بقرا وغيرها، ثم خرج عن والده وأراد أخذ البعض مما اشتراه، فنازعه والده وادعى كل واحد منهما الشراء بماله، فما الحكم ؟

فأجاب : إنه يكون للابن المذكور ما ادعاه بيمينه أنه اشتراه لنفسه، والسلام.

وفي المعنى أيضا ساداتنا جوابكم في مسألة رجل كان له ابن، فلما أسنَّ الرجل المذكور وكبر ابنه فوض له في جميع أمواله بالبيع والشراء، ثم اشترى أصولا بمال أبيه المذكور كما هو عادة الناس وبقي الأب يستغلها من جملة أملاكه إلى أن مات، ولم يذكر الابن المذكور قط أنه اشترى لنفسه، فضلا عن أن يختص به في حياة أبيه، فلما توفي الأب قال الابن : إنما اشتريت جميع ما اشتريت لنفسي خاصة ولا شيء لأبي سوى الثمن، فهل سيدي له ذلك ؟

الجواب : إذا كان الأب مع ولده بهذه الكيفية المشار إليها في السؤال، وكان المشترى محوزا بيد الأب، وإنما للابن مجرد ما كتبه في غيبة الأب من اسناده الشراء لنفسه، ويده كانت جائلة في ملك أبيه بحسب الإذن والنيابة، ولا حاز مشتراه لنفسه السنين المتطاولة، ولا استطاع أن ينسبه لنفسه حيث يسمعه الأب.

الجواب إذاً، فلا ينتفع بمجرد إسم الشراء القديم العاري عن حيازته لمضمنه، إذ رسوم الأشرية القديمة لا ينتفع بها إلا مع الحوز. على أنهم نصوا أن الابن لا ينتفع بقول الأب : هذه أصول ابني وكانت تعرف للأب حتى يشهد الأب أنه ملكه ذلك بهبة أو نحلة أو صدقة أو ما في معنى ذلك، حتى قال ابن يونس : من قال لابنه : إعمل في هذا المكان كرما أو جنانا أو ابنِ فيه داراً ففعل الولد ذلك في حياة أبيه، والأب يقول : كرمُ ابني وجنان ابني أن القاعدة لا تستحق بذلك وهو موروث، وليس للابن الا قيمة عمله منقوضا. وأما قول الرجل في شيء يعرف له : هذا كرم ولدي أو دابته فليس بشيء، ولا يستحق منه شيء للابن، صغيرا كان الإبن أو كبيرا إلا لإشهادٍ بصدقة أو عطية أو بيع، وقد يكون مثل هذا كثيرا في الناس، فليس بشيء في الولد. (هـ) ببعض اختصار، وفيه للمتأمل كفاية، والله الموفق.

وسئل سيدي عبد الرحمان الوغليسي عمن عنده ولد يخدم معه في الحرث والبيع والشراء والرعاية مدة من الزمان، هل يكون شريكا مع أبيه فيما بيده من المال أو إلا فيما خدم، وإن قلتم فيما خدمه وليس له رأس مال، هل له الأجرة أو يكون شريكا معه ؟

فأجاب :إنما للولد أجرة مثله في جميع خدمته إلا أن يدخلا على الشركة في الحرث، فيعمل على ما دخلا عليه. (هـ) من نوازل مازونة. ووجدت بخط بعضهم ناقلا من خط العلامة سيدي عبد الكريم اليازغي ما نصه :

الحمد لله، حيث كان الولد المذكور مع أبيه على عولة واحدة ومائدة فهما على حكم شركة المفاوضة، فلا يختص أبوه عنه بشيء من الأملاك. ففي نوازل المعيار أن من كان مع والده أو وولده أو أخيه أو أولاد أخيه وإن كانوا محاجير تحت إنفاقه إلا أنهم تركهم والدهم مع أخيه على عولة واحدة، فبمجرد اشتراكهم في المائدة يثبت لهم حكم الشركة والمفاوضة، فلا يختص أكابرهم أو حاضنهم بشيء

لنفسه دون أبيه أو إخوانه أو والدهم، والجميع شركاء فيما بأيديهم. (هـ). ذكره في نوازل المعاوضات، ونقله الزياتي في نوازل الشركة. قال : وبمثل هذا أجاب سيدي يحيى السرّاج في النازلة، والله أعلم. قاله وكتبه عبد الكريم لطف الله به. (هـ).

ووقع السؤال عن أخ ادعى الاختصاص عن إخوته بجل متروك أمّه.

فأجيب : الحمد لله، الجواب : إن ادعى الأخ الاختصاص بما ذكر لا يسمع منه بل يجب عليه اثباته بهبة أو شراء أو غير ذلك من العقود حسبما أفتى بذلك ابن لبابة وعالم أهل الأندلس في وقته أبو بكر اللؤلؤي شيخ ابن زرب،وهو معنى قول خليل : والاشتراك فيما بيد أحدهما إلا ببينة بكإرثه، وعليه فمن ادعى الاستبداد من الورثة بشيء كلف بإثباته. وقوله : مالي وملكي، غير نافع له، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني. (هـ).

وبعده، الحمد لله، قال ابن بطال : رأيت كتابا كتبه أحمد بن قاسم الفقيه البطليوسي بخطه إلى أبي بكر الؤلؤي بقرطبة، وكان حاز الفتيا في زمانه،ما تقول يرحمكم الله فيمن له أملاك كثيرة بقرية، فقالت أخته : أملاك أبينا بيدك فقاسمني، فقال : ليس بيدي منها شيء بهذه القرية وإنما بيدي أملاكي ومالي ما صار إلي بالابتياع ووجوه المكاسب، وأما مال أبينا فليس بيدي منه شيء، وهم يقرون أن أباهما له ملك في القرية، فهل يجب على الأخت إثبات مال أبيها وحيازته أو يقال لأخيها أثبت مالك في هذه القرية أو قاسم أختك سائره إذا قررت أن أباك له بها مال.

فأجاب : في ذلك اختلاف بين أهل العلم، والذي عليه الفتيا أن يكلف أخوها إثبات ما ذكره، وإلا حلفت الأخت أو ردت اليمين. (هـ). وعليه تحمل النازلة المسؤول عنها، فعلى الأخت إثبات ما ادعاه من الاختصاص وإلا حلفت الأختان أو ردتا عليه اليمين، والله أعلم. وكتب موافقا، محمد العربي بن الهاشمي وفقه الله بمنه. (هـ).

وسئل القاضي أبو سالم ابراهيم الكلالي عن أخوين بقيا على الشركة في

متخلف والدهما ولم يختص أحدهما بشيء دون الآخر، ثم غاب أحدهما للقراءة والحج، وأقام سنين ثم رجع ووجد أخاه زاد أملاكا على ما ترك عنده وماشية وأثاثا في الدار، فطلبه في القسمة فقال له : هذه الأملاك كلها لي، وكذا كل ما وجدته عندي زائدا على ما تعرفه فإنما اشتريته لنفسي، فهل يكون له كما زعم أو بينه وبين أخيه ؟

فأجاب : إذا لم يكن لهما من المال إلا ما هما مشتركان فيه ولا اختصاص لأحدهما بشيء، فجميع مشتراهما بينهما، والسلام.

وأجاب غيره : إن كان الأمر كما ذكرتم، فما اشتراه الأخ في حضرة أخيه وغيبته هو بينهما على حسب شركتهما في متخلف والدهما لأنه مفاوضة، ومعنى المفاوضة أن كل واحد منهما فوض لصاحبه أن كل ما جر من نفع اليهما، وسواء اجتمعا عليه أو انفرد أحدهما فيه. (هـ).

نَــوَازِل الـوَكَــالَات

وقع السؤال عمن تزوج امرأة بِكرا في حِجْر والدها على صداق، نصفُه نقْدٌ والآخَرُ كالِيء، دفع الزوج بعض النقد وبقي بذمته بعضه ودخل بزوجته، وجدد عليها أبوها الحجر بفور الدخول ومكثت بعده مع زوجها ستة أعوام، والآن قام الأب على الزوج يطلب منه أن يمكنه من باقي النقد وما حل من الكالِيء، فقال له الزوج : إن زوجتي لا تطلبني بذلك، فهل يكون للأب أن يتكلم في ذلك بدون توكيلها أو لا متكلّم له، وإذا قلتم بالأول وقالت : لا أطلب به زوجي الآن، فهل يُسْمَع منها ذلك أمْ لا ؟ والحال أنه لم يخشَ إتلاف ما ذُكِر إن طلب به الزوج يوماً مّا لظهور غِنَاه، أجِيبوا والمولَى يحفظكم.

والجواب : الحمد لله، إن ثبت رشد البنت بما يثبت به شرعا فلا سبيل لأبيها إلى ما أراده، وإلّا فله قبض ذلك على القول المعمول به ولَوْ يجدد عليها حجراً لِعَدَم مُضيِّ سبعة أعوام إلا أن يخشى من الأب على ما يقبضه بإنفاقه على نفسه ونحو ذلك لفقره وعدم أمنه، والله أعلم. قاله وكتبه عبيد ربه تعالى محمد بن أحمد الحاج الرهوني وفقه الله.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك عن وكيل ظهر لرده واستناده إلى من له الأحكام المخزنية.

فأجاب : انه يجب إبعاده كما لابن لبابة وابن سهل وغيرهما، كما في الحطاب وغيره من أنه يجب إبعاده دون استناد، فكيف معه فإنه يتطاول باستناده ويُظْهِر للناس المزية والغلبة كما هو ظاهر في هذا النحو.

وسئل أيضا عن قاض وكّلَ على أيتام ولهم مقدّم من غيره، أنَّ هذه الوكالة لا تصح ولا ينعزل المقدّمُ إلا لموجب، على أن بعض من وكل عليهم رشيد، وبعضهم ميت.

فأجاب : أنْ لّا معنى لهذه الوكالة باتفاق ابن رشد وغيره، ولا لإعطاء

النسخة فيها، ولا لنقلها من بلد إلى بلد، كما قاله الشيخ مصطفى في بعض أجوبته لصاحب اسئلته. على أن في إقامة القاضي وكيلا للغائب والطفل خلافا مذكورا في ابن سلمون والفائقِ والدرِ النثيرِ والفيلالي في شرح نظمه وغيرهم، ومذهبُها أنه لا يوكل عليهما، والعملُ بالقيروان على الجمع بين القولين كما لابن ناجي عليها، والله الموفق.

وسئل أيضا عن وكيل زعم بعد موت موكلته إقباضَ ما قبضه عنها في المفاصلة، فكتب عليه بعض الأصحاب أنه مصدّق في دفعه لموكِلته مع يمينه من غير احتياجه لبينة بالدفع. قال ابن عرفة : وفيها : والوكيل على بيع يصدق في دفع ثمنه للآمِرِ. (هـ). وقال ابن يونس : قال ابن القاسم في العتبية وغيرها في الوكيل المفوض إليه أو المخصوص أو الزوج يوكلون على قبض حق فيدَّعُون أنهم قبضوه ودفعوه إلى من وكّلهم : إنهم مصدقون في ذلك مع أيمانهم كالمودَع. (هـ). وقد أشار له خليل في مختصره بقوله : «وصُدِّق في الرد كالمودَعٌ.

وأجاب هو : تصديق الوكيل فيما قبضه هو المشهور ومذهب المدونة، وعليه درج خليل، ولا بد من يمينه طال الزمان أم لا، مات الموكِل وزعم أنه دفع له قبل موته أو لم يمت، كان مفوِّضا أم لا، قاله أبو علي في حاشيته معترِضا هو وغيره على تصديره في التحفة بغيره وعلى تطويله، والله الموفق. وقال الكاتب المذكور بعد مراجعة مني له : إن شيخنا (يعني التّاودي) قيد ذلك بما إذا لم يقبضه بإشهاد، وكذا قيّده أبو علي في حاشيته، ونصه : الوكيل مصدّق في الدفع حيث لم يقع عليه إشهاد من موكله، فإن وقع عليه إشهاد منه فلا يبرأ إلا بإشهاد حسبما قيده قوله كالمودَع، فالمعتبَرُ الإشهاد من الموكِل لا من المقبوض منه الدين فتأمله. (هـ) وهو حق، وفي الحاشية المذكورة ما يفيده، وبه وجدت مقيدا كلام شيخي، والله متولي الجميع. (هـ). قلت : محله إذا كان الإشهاد مقصودا للتوثق لا مطلقا كما يقتضيه كلامه.

وسئل أيضا عن وكيل قطع نزاعه ثم قام هو أو موكله مدعيا حجة.

فأجاب : إن ما فعله الوكيل من قطع النزاع لازمٌ لموكله حيث جعل له في

توكيله الإقرارَ والإنكار كما لابن رشد وغيره، وإن كان تقصيرٌ من الوكيل فوبالُهُ عليه. قال ابن عبد البر في كافيه : وإذا بَانَ تعدِّي الوكيلِ أو فسادُه ضمن كما في الحطّاب عنه وهو واضح. ومسألة قطع النزاع، المذكورةُ في الزرقاني في الذّكاة، وسلمها محشيه، تؤيد ما به أجبْنَا.

وسئل أيضا عمن تصرف لغيره في مصالحه ومصالح متعلقاته، وبيد المتصرِف المذكور خطوطُ يد المتصرّف له بضمن التصرف المذكور.

فأجاب : إن الوكالة تصح وتنعقد بكل ما دل عليها في العرف، ولا يشترط لانعقادها لفظ مخصوص بل ما يدل عليها عرفا كما في المتن وغيره. قال ابن الحاجب : والمعتبرُ الصيغة أو ما يقوم مقامها. وقال في التوضيح : المعتبر في صحة الوكالة، الصيغة، كقوله : أنت وكيلي أو وكَّلْتُك أو ما يقوم مقامه من قول أو فعل كقوله : تصرَّفْ عني في هذا أو كإشارة الأخرص ونحوه. (هـ). وقال البساطي في شرح كلام المصنف : يعني ليس للوكالة صيغة خاصة، بل كل ما دل لغةً أو عرفا فإنها تنعقد به، فإن خالف العرفُ اللّغة فالمعتبَرُ العُرف. (هـ). وفي هذه الأنقال بل وغيرها ما يدل دلالة واضحة على وكالة هذا المسؤول عنه، فيحاسَب على ما دخل بيده وما خرج منها، ومن شَطَّ له شيء اتبع به صاحبه والسلام.

سؤال عن وكيل لم يبين ما دفعه وما قبضه لموكله.

جوابها : إنه إن لم يبين ذلك ولا أظهرَ وجهاً يخلصه، حُكِم بضمانه لما أتلفه كما في نوازل الشريف عن كلام بعضهم وهو واضح. (هـ) كلام الحائك.

وسئلت عن غرسة لشريفة باعها زوجها سيدي الطاهر لشريفين بمال عظيم، ثم مات الزوج والزوجة معا فقام ورثتها على الشريفين، وزعموا أن الشريفة أمَّهم لم يكن عندها علم ببيع الغرسة إلى أن ماتت، وأثبتوا مِلكية الغرسة لأمهم إلى أن باعها زوجها سيدي الطاهر، فأفتى بعض المعاصرين بأن لا كلام للورثة في ذلك. فكتبت :

الحمد لله وحده، الملكية أعلاه صحيحة مستوفية للشروط الخمسة المعتبرة فيها، التي نص عليها الإمام المازري، ونقلها عنه غير واحد حسبما في الدر النثير وحاشية الشيخ بناني وغيرهما وهي المشار إليها بقول الزقاق :

يد نسبة طول كعشرة أشهر   وفعل بلا خصم بها الملك يجتلا

وغاية ما بقي فيها أن شهيديها لم يذكرا استمرار مِلك الشريفة إلى موتها، بل ذكرا بدله واستمر ملكها إلى أن فوت سيدي الطاهر بن التهامي الحسني نصف زوجته بالبيع. (هـ). وقد نصَّ المتأخرون على أن تصرُّفَ الرجل في أصول زوجته بالبيع محمول على التعدي، وأن لها ردَّه متى قامت. قال الشيخ التّاودي في شرح التحفة عند قولها : والزوج للزوجة كالموكل ... البيت، بعد كلامٍ، ما نصُّه : وقول الناظم فيما من القبض لما باعت، يقتضي أنه لا يكون كالوكيل في البيع نفسه، وهو كذلك إذا لم يجْر به عرف كما عندنا الآن بفاس، فإن جرى به مَضَى أيضا، وفيه فرضه في البيان. (هـ). وقال الشيخ التسولي : فإن لم يكن عرفهم ذلك أو لا عرف أصلا كما عندنا اليوم أو كانت بين الزوجين مشاورة كما لابن رحال، فلها رد ذلك وتضمينه إن تِلف المقبوض وهو الجاري على ما في نوازل الصلح والرهن من المعيار فيمن رهن أو باع مالَ زوجته فأنكرت الإذن له، أنها تحلف وترد ذلك. (هـ).

وقال ابن عبد عبد السلام بناني في شرح الزقاقية : لا يحمل بيع الزوج أصول زوجته على الوكالة العرفية إلا بعد ثبوت عرف جريان بلدهم لا باعتبار عرف الأقدمين، وليس العرف بفاس ــ أمنها الله ــ في هذا الزمان على اعتبار الوكالة العرفية فلا يعمل بها ولا يحكم بمقتضاها. قاله بعض شيوخنا، تنبَّه له. (هـ). وإذا كان تصرف الزوج في مال زوجته محمولا على التعدي، فاستمرار الملك موجود إلى الموت، إذ التعدي لا يرفع الملك بالضرورة، فالصواب أن يكشف الشريفان الحائزان للغرسة الآن عما في أيديهما، فإن كانت عند الشريف سيدي الطاهر وكالة على البيع لهما، أو ثبت بالبينة أن الهالكة علمت بالبيع وسكتت لغير عذر فلا كلام لورثتها الآن، وإن لم يكن إلا مجرد البيع من الشريف المذكور فلا يفيد.

وأما الكلام المسطر حوله فيمجه الطبع، ويصْطحب على إنكاره العقل والشرع. وقيده المهدي بن محمد وفقه الله آمين.

وسئلت عن أب أخذ رسما لولده، مضمّنُه مائةُ مثقال للولد المذكور على رجلٍ ثمن حوائج استهلكها له وترتب ثمنها في ذمته، فاصطلح الأب المذكور مع المدين بخمسين مثقالا وأبرأه براءة عامة فلم يرض الولد المذكور بهذا الصلح وقام بالفور يريد نقضه، فأفتوه بمراكش أن الصلح لا ينقض، وفعْل الأب محمول على السداد حتى يَظهرَ خلافه.

فأجبت : الحمد لله، ينقض الصلح المذكور قطعا، لأن الأب إنما هو فضولي في هذا الصلح حيث لم تكن عنده وكالة، والصلح عن المائة بخمسين، هبةٌ للخمسين الباقية كما قال في المختصر، والصلح على بعض الحق المدعَى به هبة. (هـ). وهبة الفضولي باطلةٌ كما قاله شراح المختصر. قال الخرشي صَدْرَ باب الحُبس : «ووقْفُ مِلْكِ الغير وهبتُه وصدقتُه وعِتقه باطل ولو أجازه المالك». (هـ). وقال الزرقاني أيضا على قول المختصر : «صح وقف مملوك» ما نصه : واحترز بمملوك من وقف الفضولي فإنه غير صحيح ولو أجازه المالك، لخروجه عن غير عوض بخلاف بيعه، فصحيحٌ لخروجه على عوض. (هـ) وسلمه المحشيان. وأما قول المفتين : فعل الأب محمول على السداد، فغير صحيح لوجوه من النظر :

أولها، أنَّ محل كونِ الأب محمولا على السداد إذا كان الولد صغيرا أو سفيها لا ما إذا كان رشيدا فهو فضولي كما هنا.

ثانيها، أن قولهم حتَّى يظهر خلافه، قد ظهر هنا خلافه إذ لا سداد في إسقاط الخمسين بغير موجب.

ثالثها، على تسليم أن الولد هنا محجور لا يصح لأبيه إسقاط الخمسين. ففي نوازل العلمي عن سيدي العربي بردلة ما نصه : إسقاط الثابت للمحجور من التبرع عليه وهو غير ماض. (هـ) الغرض منه، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه

تعالى المهدي بن محمد لطف الله به.

وسئلت عن دار بيعت صفقة، ومن جملة المصفّق عليهم، امرأة وكلت أخاها وكالة مفوضة في كل شيء، فأمضى عليها الصفقة وقبض الثمن، لكن تاريخ الوكالة متأخر عن البيع بنحو عام، فقامت الآن تريد نقض البيع زاعمة أنها غير عالمة به وأن وكيلها في وقت إمضاء البيع وقبض الثمن كان أجنبيا، فهل لها نقضه أم لا ؟

فأجاب بعض المعاصرين بأن الامضاء على المرأة من أخيها لا يصح، لأن أخاها الذي أمضى عليها إنما هو فضولي، لأنه وقت الإمضاء لم يكن وكيلا، وإنما وكل بعد ذلك بنحو عام كما يعلم من تاريخ البيع وتاريخ الوكالة، والوكيل إنما يتصرف في مال موكله بعد الوكالة، وأما قبلَها فهو أجنبي لا كلام له وهو فضولي، فتوقف على إجازة المالك وردِّه بعد علمه، وحيث علمت المرأة بالبيع ولم يطل ما بين علمها والقيام فلها الكلام ولا إشكال، وفي قدْرِ الطول خلاف حسبما يعلم بمراجعة شارح العمل الفاسي لدى قوله :

وألزم البيع ولا كلام إن علموا وسكتوا أعواما

وقيده العبد الفقير الفاني محمد بن التهامي الوزاني لطف الله به.

الحمد لله، ما سطره المفتي أعلاه صحيح. ففي نوازل الاستحقاق من المعيار ما نصه :

سئل سيدي عبد الله العبدوسي عمن باع داراً له ولأخته إلى نظره بحكم الإيصاء من والدهم، وللبائِع أخت رشيدة حين البيع لها في الدار المبيعة نصيب، وبقيت الدار بيد مشتريها مدة من ثلاث سنين أو أَزْيَدَ أو أنقَصَ ثم باعها كلها لمشترٍ آخر، فبقيت على مِلكه مدة من ست سنين أو نحوها، ثم قامت الآن الأخت الرشيدة طالبةً حقها في الدار المبيعة أولا وثانيا، وادعت أنها لم تبع ولم توكل البائع أخاها على بيع حظها في الدار المبيعة.

فأجاب : القول قول الأخت أنها لم تبع نصيبها ولا وكلت أخاها على بيعه إلا أن يثبت عليها أنها سلمت بيع نصيبها أو سكتت مدة، يعد سكوتها منها رضى

بالبيع من غير عذر يمنعها من تقية أو عدم جريان الأحكام ببلدها أو عدم من يشهد لها أو غير ذلك من الأعذار المقبولة شرعا، ومن علم من المشترين أن لها حصة في الدار يلزمه الكراء، وبالله التوفيق. (هـ). وكتبه محمد، اللهُ وليه.

فأجبت : الحمد لله، ما ذكره المفتيان حوله من أن المرأة لا يَلزمُها إمضاءُ الصفقة، الواقعُ من وكيلها وهو أخوها، مبنيٌّ على أنها غير عاملة بالبيع، ولكن بيد المشتري رسم، مضمِّنه أنها وكلت والدها قبل هذا الوكيل الذي أمضى الصفقة على قبض ما تحصل لها مالا في الدار التي بفاس المبيعة للمشتري المذكور، ومتضمن (أي الرسم المذكور) معرفة المرأة بالعين والاسم والمحل، وعليه، فتوكيلها على قبض الثمن من المشتري هو رضى منها بالبيع له قطعا لدلالته على ذلك عادة. وفي المختصر : «ينعقد البيع بما يدل على الرضى». قال الشيخ بناني : وما وافق العادة في هذا وأمثاله هو الذي يفتَى به، إذ المراد في الدال على الرضى هو الدلالة العادية. (هـ). ولئن سلم أن عقد الوكالة على قبض الثمن لا يدل على الرضى بالبيع فهو صريح في أن المرأة عالمة بالبيع، وبيْن تاريخ الوكالة وقيامها الآن أزْيَدُ من ثلاثة أعوام، وسكوتها هذه المدةَ يبطل حقها اتفاقا، لأن الأقوال ثلاثة فيمن بيع عليه ماله وهو غائب ثم علم وسكت : الأول يبطل حقه بمضي الشهر ونحوه.الثاني بمضي عام. الثالث بمضي السنتين، وهو قول ابن زرب. قال أبو علي في حاشية التحفة : الحاصل، الحاضرُ ظاهر أمره، والقائم نقل ابن بطّال (أي عن أبي المكوي) يدل على أنه لا نقض لَهُ للبيع في الأيام الكثيرة، وظاهره أن ذلك نحو الشهر أو ما يقرب منه بدليل مقابلته باليومين ونحوهما. ابْنُ رشد : الخيار إنما ينقطع بمضي عام فيمن لم يحضر العقد بعد علمه، وابْنُ زِرْب جعل له الخيار للسنة والسنتين، وفيه إشكال. (هـ). واقتصر أبو زيد في عملياته على قول ابن زرب حيث قال :

وألـــزم البيـــــع ولا كلام   إن علموا أو سكتـوا أعواما

لكن بحث فيه غير واحد من المتأخرين. قال الشيخ ميارة : ولا يظهر إلا إن كان معذورا. (هـ). وقال الشيخ التّاودي أيضا وهو مشكل. (هـ). وقال أبو علي : بحث ابن الناظم في جعل ابن زرب الخيار للبائع بعد علمه إلى السنة والسنتين، وحمل

الناظم على ما نقله ابن بطال عن غيره، وتبعه على ذلك ميارة والناظم (أي ابن عاصم) قال : من بعد أن مضَى زمان، والزمان ربما يصدق بما نقله ابن بطال وبما قاله ابن زرب وكأنه حمله على الأول، لأنه أقرب من جهة القواعد. (هـ).

وقول ابن رشد بمضي العام اعتمده الحطاب والمواق في شرحي المختصر، والشيخ التاودي في شرح التحفة، والشيخ بناني في حاشيته، وسكت عنه الرهوني. فظهر بهذا أن طلب المرأة لنقض البيع الآن من المحال، إذ لا يساعدها على ذلك نص ولا قياس ولا قول من الأقوال، والله أعلم. قاله وكتبه عبيد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني لطف الله به.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك التطواني عن وكيل رضي بيمين دون أن تجب عليه شرعا.

فأجاب : إن فيه نَوْعَ تبرع. وفي الحطّاب أنه علم من المدونة أن الوكيل المفوض ممنوع من التبرع، وأنه إن بان تعديه أو فساده ضمن ناقلا له عن الكافي، وأنه إن ظهر منه تفريط أو ميل فله عزله كما لابن عرفة وغيره، ونقله الحطّاب أيضا. وبالجملة، هذا الوكيل لما رضي باليمين في أول مجلس، لا يخلو من تفريط أو ميل، وكل منهما مضرة، لأنه وإن كان أمينا على موكله فعند ظهور خيانته تسقط أمانته عنه فيضمن ويؤخر كما هو واضح، والله الموفق.

وسئل أيضا عن وكيل مات بعد القبض، فزعم وارثه الدفع، وموكِّلُه عدَمَه، وأفتى جماعة من فقهاء آسفي والحوز وغيرهم أنها من أفراد قول المتن : وصدق في الرد كالمودع، وأطالوا له في الدليل من كلام المتن وغيره، إلى أن حلت حاضرتنا (أي تطوان) فكتب عليها ما نصه : المذكور أعلاه صحيح فقها، غير أنه في غير محل النزاع الذي طلبه في السؤال، وإنما الموافق له ما عقده في التحفة من كلام ابن أبي زمنين عن مطرف ونصها :

وموت زوج أو وكيلٍ إن عَرَضْ   من غير دفع ما بتحقيق قَبَض
من مالِـه يأخـذ ذاك قائـمُ   بالفور، والعكس لعكس لازمُ

ونحوه في التوضيح وغيره، فالعدول عن هذا الدليل إلى ما ذكروه، الذي هو في دعوى الوكيل نفسه، في غير محله. (هـ).

وسئلت عمن توفي فوجد في كناشه بخط يده أنه قبض من امرأتين عددا كثيرا من الريال بقصد أن يشتري لهما غنما، وشهد عليه أيضا عدل أنه سمع منه في حياته قبل أن يموت بنحو خمسة عشر عاما أنه قبض أيضا من هاتين المرأتين حِلْياً لهما ليبيعه ويشتري به أصلا وغنما، كما وجد في كناشه أيضا بخط يده أنه دفع للمرأتين عدة من الريال سلفا، وذلك أكثر من المال الذي قبضه منهما. وقد أفتى بعض القاصرين بأنه يلزمه جميعْ ما أقر بقبضه من المرأتين وما كتبه لهما بكناشه أيضا، كما أنه لا شيءَ له في المال الذي أسلفه لهما إلا ببينة.

فأجبت : الحمد لله، ما احتجّتْ به المرأتان على ورثة الهالك من خط يده بأنه قبض منهما ما يزيد على اثنتي عشرة مائة من الريال ليشتري لهما غنما، ومن شهادة الشاهد أنه أقر لديه بأخذ حليهما ليبيعه ويشتري لهما غنما وأصلا، باطل لا يفيد شيئا. ولا يؤخذ أموال المحاجير بمثل هذه الشُّبه التي هي كالخيالات لأنه أمين مصدِّق في الرد، لأنه لم يقبض المال ببينة مقصودة للتوثق، وذلك لأن إدلاء المرأتين لدى القاضي بخط يد المقر الذي فيه أنه قبض المال منهما ليشتري لهما به غنما للتكسب، إقرارٌ منهما بوكالته على ذلك، لأن من أدلى برسم فهو قائل به. وعليه فحيث ادعى هذا الوكيل أَنَّهُ ردّ المال لهما على وجه السلف فهو مصدق في الرد كما في المختصر وغيره، ونصُّه : «وصُدِّق في الرد كالمودَع. بل لو ادعى ضياع هذا المال أو تلفَه لكان قوله مقْبُولًا. قال في التبصرة : وكذلك لو أمر الوكيل ببيع سلعة أو شرائها وادعى المأمورُ أنه دفع ذلك إلى الآمِر فالقول قول المأمور، وكذلك يقبل قول الوكيل في ضياع الثمن. (هـ). وقال أيضا : وإذا ادعَى المودع ردّ الوديعة فالقول قوله مع يمينه وهو مدّع، وإنما ترجح قوله لأنه استأمنه، والأمين مصدّق. (هـ). وقال في التحفة لما تكلم على الأمناء : والقول قولهم بلا يمين... البيتين. وقد استثنوا الأمينَ من قاعدة : «البينة على المدعي». قال القرافي في الذخيرة : والأمين يدّعي الرد أو التلَف يُقبل قوله وهو مدّع. (هـ). وقال الحطّاب

في شرح المختصر نقلا عن المسائل الملقوطة : الأمناء المصدَّقون على ما في أيديهم ثمانية عشر : الوالد في مال ولده، والوصي، والحاكم، إلى أن قال : والرسول فيما أرسِلَ به، والمبضع معه المال للشراء أو للتبليغ، كلهم مصدقون، وما ادعى به عليهم ما يوجب الضمان فالقول قولهم بلا يمين. (هـ). وتعبير المقر بالسلف غير مقصود، وإنما المقصود، الرد بدليل أنه لم يطالبهما به إلى أن مات، وبِدليل أنهما لم تطلباه بغنم ولا بأصل مدة حياته، وقد مرت عليهما السنون الطوال، فلم يسكتا عن طلبه إلا لكونهما قد قبضتَا ما كانتا دفعتاه إليه، وكذلك شهادة العدل بأن الهالك حاز من المرأتين حِلْيهما الذي كان لهما وفي ملكهما باطلة أيضا، لعدم ذكره فيها انتفاء عِلمه بالمبطل بأن يقول : ولا زال ذلك المقر به في ذمته ولا أداه ولا شيئا منه في علمه إلى أن توفي، لقول صاحب التبصرة : إن الشهادة بالدين لميت أو عليه لا تتم إلا إذا قال الشاهد : انه لا يعلم أن الدين تأدى أو سقط. (هـ). وتبطل أيضا بالجهل لأن حِلْيهما الذي كان لهما مجهول لا يعرف، يحتمل أنه يساوي مائة أو ألفا أو أكثر أو أقل، وما احتمل واحتمل ساقِط كما هو معلوم. وإذا تقرر هذا علم أن هذا المقر هنا لا ضمان عليه بحال، سواء قلنا إنه وكيل أو مبضع معه أو مدع لأنه أمين، والأمناء كلهم مصدقون، وإنما الخلاف، هل بيمين أو لا ؟ والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وبحث في هذا الجواب، فأجاب عنه الفقيه المفتي السيد العباس التازي فقال :

الحمد لله، إن كلا من المدعي والمدعى عليه والشاهد يعترف أن حوز الهالك لما ذكر على سبيل النيابة والتوكيل، وهذا أمر لا يختلف فيه اثنان إلا مكابر ذو شنئان، ومع تقرر هذا فحكم النازلة أجلى من شمس الظهيرة لكلِ فقيه نبيه ذي خبرة وبصيرة، وهو إن قامت المدعيتان بالفور وقبل الشهر من قبضه، ولم يدّع دفعا قيد حياته أخذتا ذلك من تركته، وإن زادت مدة قيامهما على الشهر حمل على أنه دفع ذلك، كما يتضح ذلك بنصوص الأئمة التي نوردها في ذلك. قال الإمام الغرناطي في تحفته ما نصه :

وموت زوج أو وكيل إن عرض من غير دفع ما بتحقيق قبض
من ماله يأخذ ذاك قائم بالفور والعكسُ لعكس لازمُ

قال الشيخ التّاودي ما نصه : والعكس وهو عروض الموت لا بالفور بل بعد طول كالشهر ونحوه. (هـ). فأنت تراه كيف جعل عروض الموت بعد الشهر ونحوه من الطول، فإذا كان عروض الموت بعد شهر من قبض الوكيل طولا يمنع أن يأخذ القائم من التركة ما ادّعى به من قبض الوكيل له بتحقيق، فما ظنك بعروض الموت بعد خمسة عشر عاما من قبض الوكيل مع تقييده بخط يده أنه دفع ما دفع، لأنه إذا كان لا يؤخذ من التركة مع عدم دعوى الرد وقِصر المدة فأحرى مع ثبوت الرد بخط يد الميت وطول المدة، على أن قوله مقبول وهو أمين مصدق في دعوى الرد، ولو لم يكن أمينا في نفس الامر لرضاهما بأمانته كما لا يخفى على فقيه، مع أن أمانته قامت عليها أدلة، منها تقييده ما قبضه منهما بكناشه، ولو كان من ذوي الخيانة ما قيد ذلك. ومنها إقراره للشاهد بما أشهده به دون طلب منه، فأي أمانة أعظم من هذه الأمانة لمن أنصف، وبالحق أقرّ واعترف.

وسئل ابن لب رحمه الله عن رجل قبض ميراث زوجته في أبيها ثم توفي.

فأجاب : إن كان الزوج مات بحدثان القبض فذلك لازم لتركته بعد يمين القضاء، وإن كان بعد الشهر ونحوه حِمل على أنه قد دفع ما قبض، وهذا إن كان القبض بإذن الزوجة، فإن كان تجاسراً وتحاملا عليها فهو في ماله وتركته. (هـ). ابن عرفة : وإن مات يعني الوكيل بحدثان قبضه كان في ماله، وبَعْدَهُ مما يمكن فيه القضاء والدفع فلا شيء عليه. (هـ). وقال ابن أبي زمنين : إن مات الزوج والوكيل بحدثان ما جرى على أيديهما، فذلك في أموالهما إذا عرف القبض وجهل الدفع والمرأة والموكل يدعيان ذلك. وإن كان الموت بغير الحدثان فلا شيء في أموالهما. (هـ). وبه أفتى ابن لب كما تقدم جوابه، وبه أفتى أيضا العلامة المحقق أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك.

فقد سئل عن وكيل مات بعد القبض فزعم وارثه الدفع وموكله عدمه، وأفتى جماعة من فقهاء آسفي والحوز وغيرهم، أنها من أفراد قول المتن : «وصُدِّق

في الرد كالمودَع» فلا يؤخر للإشهاد، وأطالوا له في الدليل من كلام المتن وغيره.

فأجاب : المذكور أعلاه صحيح فقها، غير أنه في غير محل النزاع الذي طلَبه في السؤال، وإنما الموافق له ما عقده في التحفة من كلام ابن أبي زمنين عن مطرف، ونصُّها : وموت زوج... البيتين. ونحوه في التوضيح وغيره، فالعدول عن هذا الدليل إلى ما ذكروه، الذي هو في دعوى الوكيل نفسه في غير محله. (هـ). وأي شيء بعد يقال، وهل بعد الحق إلَّا الضلال، والعلم لله الكبير المتعال. قاله وكتبه عبد ربه العبّاس بن أحمد التازي لطف الله به آمين. (هـ).

وأجبت عقبه بالموافقة، ثم بُحِثَ فيه ثانيا.

فأجبت عن ذلك : الحمد لله، ما قاله هذا المفتي من كون كل واحد مما ذكر، مِن خط اليد والشهادة موجباً لأخذ جميع ما أقر به الهالك من متروكه، غير صواب، بل لا يؤخد شيء من متروكه، لا على أن هذا المقِر هنا وكيل، ولا مودع عنده ولا مقارِض، لأن هؤلاء كلهم أمناء مصدّقون في الرد في حياتهم وبعد مماتهم. وقد حكى ابن رشد الاتفاق في نازلتنا التي هي موت الوكيل بعد الطول على أنه لا يلزم الوكيلَ شيء وإن لم يعرف الدفع في حياته. قال القاضي المكناسي في مجالسه ما نصه : قال ابن رشد في تكلمه على مسألة من رسم حلف من سماع ابن القاسم : يتحصل فيها أربعة أقوال : أحدها، أن القول قول الوكيل مع يمينه جملة من غير تفصيل. الثاني، إن كان طلبه بقرب ذلك بالأيام اليسيرة فالقول قَول الموكل له انه قبض، وعلى الوكيل البينة، وإن تباعد الأمر مثل الشهر ونحوه، فالقول قول الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جدا لم يكن على الوكيل يمين. ثم قال بعد حكاية القول الثالث والرابع ما نصه : فإن مات الوكيل بحدثان ما جرى ذلك على أيديهما (أي الوكيل المفوض وغيره)، كان ذلك في أموالهما إذا عرِف القبض وجهل الدفع بعد يمين الموكل أنه ما دفع إليه شيئا، وإن كان موتهما بغير حدثان ذلك، وما يكون في مثله المخرج والقضاء والدفع فلا شيء في أموالهما وإن لم يعرف الدفع. قال : ولا خلاف عندي في هذا الوجه، فانظر قوله : ولا خلاف عندي في هذا الوجه فهو صريح في بطلان ما يرومه هذا المفتِي من إعطاء أموال المحاجير ظلما.

وقال الحطاب في شرح المختصَر نقلا عن القاضي عبد الوهاب في شرح الرسالة ما نصه : لأن الوكيل والمودَع والرسول مؤتمنون فيما بينهم وبين الموكل والمودع والمرسل، فإذا ذكروا أنهم ردوا ما دفع إليهم إلى أربابه قبِل ذلك منهم، لأن أرباب الأموال قد ائتمونهم على ذلك، فكان قولهم مقبولا فيما بينهم، وكذلك العامل في القراض مؤتمن في رد القراض ما بينه وبين المالك، إلا أن يكون واحد منهم قد أخذ المال ببينة فلا يبريه دعوى رده إلا أن يكون له بينة، لأن رب المال حينئذ لم يأتَمِنه لما استوثق منه بالبينة. (هـ). ونقله عنه الزناتي وهو نص كتاب الوديعة من المدونة، إلا الوكيل (أي فإنه لم ينص عليه في كتاب الوديعة)، ونصّ عليه الفاكهاني والمشدالي. (هـ).

وقال الحطّاب أيضا على قول المختصر، وصدق في الرد كالمودع ما نصه : الثالث يعني من التنبيهات: الوكيل مصدق في الرد إلى موكله ولو ادعى ذلك بعد موت موكله، كما يفهم ذلك من عموم كلام ابن رشد في سماع ابن القاسم وفي سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات، وكما صرح به البرزلي في مسائل الوكالات، وهذا والله أعلم ليس خاصا بالوكيل بل هو عام في كل من كان يصدق في دعواه الرد من وكيل أو مودع إذا ادعى ايصال ذلك لليد التي دفعت إليه سواء كان الدافع حيا أو ميتا انه يصدق في ذلك والله أعلم. وهذا واضح وإنما نبهت عليه لأن بعض أهل العصور من أهل المغرب توقف في ذلك حتى أطلعته على النص في ذلك والله أعلم. (هـ). ونصوص العلماء بهذا طافحة فلا حاجة للتطويل بها، وقوله أيضا : فلا مسيس لكلام التحفة ولا لتلك الأنقال التي جلبها بهذه النازلة إلى قوله : وجميع من تكلم على كلام التحفة المذكور من شارح ومحش فيما وقفنا عليه إنما حمله على ما ذكرناه، زلة كبيرة وهفوة عظيمة يحل مقامه عنها، إذ لم يحمله الشراح على ما ذكره، بل الشراح كلهم حملوه على العموم. ونص سيدي عمر الفاسي على قولها : وموت زوج أو وكيل إن عرض... البيتين. هذا كقول ابن رشد في رسم البز وغيره، فإن مات الوكيل أو الزوج بحدثان ما جرى ذلك على

أيديهما كان ذلك في أموالهما، إذا عرف القبض وجهل الدفع، وإن كان الموت بغير حدثان ذلك وبما يكون في مثله المخرج والقضاء والدفع فلا شيء في أموالهما وإن لم يعرف الدفع ولم يذكر، ولا خلاف عندي في هذا الوجه. (هـ). وقال ابن عرفة : وإن مات بحدثان قبضه كان في ماله، وبعده مما يمكن فيه القضاء والدفع فلا شيء عليه. (هـ). وفي المنتخب بعد ما ذكر مسألة دعوى الوكيل الرد وهي ذات الأقوال الأربعة، قال ما نصه : وكذلك الزوج فيما باع لامرأته. قال مطرف : ولو ماتا بحدثان قبضهما وهو معلـوم ودفعهـما مجهول بذلك في أموالهما، بخلاف لو ماتا بغير حدثانه بعد أمد يكون في مثله المخرج منه بالدفع فلا يكون عليهما شيء. (هـ). وقال قبل ذلك : قال مطرف : فإن مات الزوج والوكيل بحدثان ما جرى على أيديهما مما ذكرنا، فذلك كله في أموالهما إذا كان قد عرف القبض وجهل الدفع، والمرأة والموكل يدعيان ذلك، وما كان من موتهما بغير حدثانه، وما يكون في مثله المخرج والقضاء والدفع فلا شيء في أموالهما، وإن لم يعرف الدفع ولم يذكر. (هـ) منه بلفظه. فهذه الأنقال كلها صريحة في العموم وليس فيها شيء من الخصوص الذي توهمه والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عن محجورة وكلت زوجها على وصيها وبينهما عداوة دنيوية، طالبة مناقشة وصيها فيما هو مقيد بزمام تركة والدها وأخذ نسخة منه بقصد البحث وهي لا زالت في ربقة الحجر، فهل ذلك سائغ شرعا أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، لما كان زوج المحجورة أعلاه عدوا لوصيها كان ذلك مانعا من توكيله عليه لما هو معلوم في كتب الفقه أنه لا يجوز توكيل العدو على عدوه ولو لم ساشر الدعوى معه بيده كما لا تستحق جوابا عما هو مقيد بالعدول في زمام التركة ولا لها مقال فيه بالكلية. ففي نوازل المحقق الزرهوني أن السؤال وقع عمن وكل وكيلا على اقتضاء مال له على غيره وبين الوكيل والموكل عليه عداوة دنيوة ثابتة بموجب الثبوت، فهل لا يمكن الوكيل من مخاصمته، أجيبوا مأجورين والسلام.

الحمد لله، الجواب والله الموفق للصواب : أنه لا يوكل عدو على عدوه،

وهذا لفظ ابن سلمون وزاد : وسئل ابن رشد عمن وكل وكيلا على الخصام ووكل خصمه وكيلا آخر، وبين أحد الموكلين والوكيل الذي توكل للآخر عداوة، هل يمنع من توكيله ؟ فقال الذي أراه في هذا الايباح لأحد توكيل عدو خصمه على الخصام ولا عدو المخاصم عليه، لأن الضرر في الوجهين بيِّن. (هـ). وفي المختصر : ولا عدو على عدوه. وفي ابن الحاجب : ولا يوكل عدو على عدوه، التوضيح لأنه يجد بذلك السبيل إلى مضرته. (هـ) والله أعلم. وكتب محمد بن عبد الصادق وفقه الله بمنه. (هـ).

الحمد لله، المسطر أعلاه صحيح واضح لا مزيد عليه، وعدم التوكيل هو من حق الخصم على ما في الارشاد وحينئذ فله إسقاطه، وقيل إنه من حق الله تعالى فليس له إسقاطه. وقد نقل هذا الشيخ أحمد بابا في حاشيته فلينظر، والله أعلم. وكتب عبد ربه سبحانه عمر بن عبد الله الفاسي لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، الجواب والتصحيح أعلاه،الكل صحيح، وفي النصوص المذكورة في ذلك كفاية،والله أعلم. قاله وكتبه عبد الله تعالى محمد جسوس وفقه الله بمنه.

الحمد لله، ما سطر أعلاه جوابا وتصحيحا من عدم قبول العدو على عدوه صحيح. ودليله في المتن وغيره كما أشير إليه في الجواب المصحح أعلاه، ولا مِرْيَةَ في هذا. قاله وكتبه عبد القادر بوخريص خار الله له آمين. (هـ).

وفيها أيضا : الحمد لله، للمحجور أن يطلب حقه المهمل بنفسه من وصيه أو غيره ليبينه ويظهره ويوكل على ذلك غيره، كما أفادهُ شيخُ بعض شيوخنا بقوله : وجاز للسفيه أن يوكلا... البيتين. وحيث كان مال المحجورة الذي بيد وصيها أخيها المذكورِ أعلاه معروفا بزمام تركة والدهما ومحاسبات مع المشرف بيده، فليس لها أن تخاصم فيه ولا أن توكل من يخاصم، لأن المحجور لا يعوض غيره عنه إلا في القدْر الذي يجوز له أن يفعله هو بنفسه، كما قاله ابن سهل، وحينئذ فالتوكيل أعلاه غير عامل، ولا يقضى على الوصي بإجابة وكيل محجورته للمحاسبة التي وكلته عليها لما بُيِّنَ، ولأن الوصي لا يلزمه أن يكشف عما بيده إلا إذا خيف عليه أن يكون قد أتلفه، وهو محمول على الأمر من ذلك حتى يثبت خلاف ذلك

من حاله، لأن في الزامه بذلك غضاضةً عليه، ولا يفعل ذلك إلا بمن لَا يوثق به، والوصي قد استأمنه الوالد ووثق به فهو محمول على ذلك، قاله ابن رشد، ونقله الحطّاب في باب الوصايا، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ). وهو واف كاف بالنازلة نصّ في عينها، والله سبحانه وتعالى أعلم.
قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

الحمد لله، ما سطره الأخ في الله، الفقيهُ العلامة أعلاه، صحيح لا غبار عليه، يجب على كل منصِف من قاض ومفْتٍ المصيرُ إليه والتعويل عليه. أما توكيل العدو على عدوه فهو مذكور في الكتب المتَدَاوَلة كالمختصَر، ولم يقيدوه فيما رأينا بأن يباشر الوكيل الخصومة بنفسه بل أطلقوه، ولو كان مقيدا عندهم لصرحوا به ولم يُغْفِلوه، ومن زعم تقييده بذلك فليأتِ بدليله، ونصُّ الحطاب في شرح المختصر قال في العتبية في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب الوصايا : وسئل (يعني مالكا) فقيل له : إن سيدي كاتبني وأوصى اليّ فسألني بعض مواليّ وهو ولد سيدي عما في يدي وعما ربحت فيه، وأنا عند الناس كما أحب أفذلك علي، فقال : لا أرى ذلك عليك، أليس ما في يدك مال معروف ؟ قال : بلى ولكنه يريد أن يعلمه ويعلم ما ربحت فيه، فقال : ما أرى ذلك عليك، قال ابن رشد : قوله وأوصى اليَّ يريد أنه أوصى إليه بالنظر على بنيه فلم ير عليه أن يخبره بما ربح في مال اليتيم الذي هو ناظر فيه لولده، لأن الوصي لا يلزمه أن يكشف عما بيده إلا إذا خيف عليه أن يكون قد أتلفه، وهو محمول على الأمن حتى يثبت خلاف ذلك من حاله، فإذا كانَ ما بيده من المال معروفا فلا يلزمه أن يكشف عنه، ولا يخبر بما ربح فيه، لأن ذلك غضاضة عليه، إذ لا يفعل ذلك إلا بمن لا يوثق به، وسيده قد استأمنه ووثق به فهو محمول على ذلك. (هـ). وهو جلي في عين النازلة، ولا ينافي هذا ما جرى به العمل من أن المحجور يطلب حقوقه عند من كانت، حضرَ وصيه أو غاب، لأن موضوعه في الحق المهمل الذي ترك الوصي التعرضَ له. وأما الحق الذي تعرض له الوصي ولم يَغفِل عنه، سيما الذي قيده بعدلين كزمام التركة، فلا معنى لطلب المحجور له، وإلا لم تكن فائدة في الايصاء

أصلا. قال ابن سهل نقلا عن أحكام ابن زياد : كاشفنا القاضي وفقه الله عن يتيم له وصي من قبل أبيه من أهل العدْل والرضى والملاء، سأل اليتيم أن يخرج ماله عن يديه ويوضع على يد غيره من أهل العدل، وأَحَبَّ القاضي أن يعرف ما عندنا فيما سأله اليتيم، فالذي نقول به في ذلك أنه لا يجب إخراج المال عن الوصي إذا كان من أهل العدل، فكيف بالعدل والملاء، لأن اخراج المال عنه وهو بهذه الحال تبديل لعهد الميت. وقد قال الله عز وجل : « فمن بدّله بعد مَا سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه »، فهذا الذي عندنا فيما سأل القاضي وفقه الله بمنه وهو قول مالك وجماعة من أصحابه، وبه عملت القضاةُ قبلك. قال بذلك محمد بن وليد ومحمد بن عمر، وأيوب بن سليمان محمد بن غالب وسعيد بن معاد. (هـ). نقله العلامة السجلماسي في شرح عملياته، وفي هذا ما سطر أعلاه أعظم كفاية، والله أعلم بالصواب، واليه المرجع والمئاب. وكتب الحسن بن أحمد وفقه الله آمين.

الحمد لله، ما سطر في الجوابين أعلاه من عدم توكيل العدو على عدوه وعدم إجابة المحجورة لأخذ نسخة من زمام التركة، الكل صحيح، وما نقل فيهما من نوازل العلامة الزرهوني وشرح الحطاب وغيره، كله في عين النازلة صريح، وذلك أن ما قاله الأئمة من جري العمل بطلب المحجور لحقوقه، موضوعه في الحقوق المهمَلة كما ذكره العلامة الزرهوني في أول جوابه، ونظمه العلامة المحقق السجلماسي في عملياته بقوله :

وجاز للسَّفيه أن يوكـلَ شخصا له يَطلُب حقا مهمَلا

فمفهوم قوله مهملا أن الحق الذي لم يهمله الوصي أو المقدّم لا يوكل هو فيه وهو ظاهر، إذْ القائم بأمور المحجور كلِها هو الوصي أو المقدّم، فإن أهملا منها شيئا توجه له هو الكلام فيه، وإن لم يهملا منها شيئا فلا يَتعرض لها المحجور بقبول ولا رد. وأيضاً لو فُتِح هذا الباب على الأوصياء والمقدّمين لعسُرَ سدُّه. وأما عدم توكيل الوكيل الذي بينه وبين الوصي عداوة فيكفي فيه كلامُ المختصَر وغيره، المنقولُ في الفتوى الأولى، لا سيما كلام ابن رشد الذي نقله ابن سلمون، وكذا نقله صاحب المعيار في نوازل الوكالات، قِفْ عليه، والله تعالى أعلم. أحمد بن محمد

التادلي كان الله له. (هـ).

وسئِلَ أبُو زَيد سيدي عبد الرحمان الحائك عن وكيل قاض على محاسبة نشأ بسببها عداوة بينةٌ من شتْم وسجن، أراد الوكيل إنشاء أخرى فامتنع الموكل عليه من ذلك.

فأجاب : مِن موانع التوكيل العداوةُ كما لابن رشد وغيره. ابْنُ عرفة : هو قول ابن شعبان لما نُهِيَ عنه من الضرر والضرار، وَالْحقُّ تقييد العداوة بالدنيوية، قاله شيخنا بناني في حواشيه، سِيَما إن أسرع إلى أذاه وكانت العداوة بينهما محققة نشأت عن محاسبة ومناكَرة أضغانها ظاهرة. وفي الحطاب عن ابن الحاج : للرجل أن يخاصِمَ عن نفسه عدوه، بخلاف توكيل العدو على عدوه، إلا أن يسرع لِأذاهُ فيمنع ويقال له : وَكّلْ غيرك. (هـ)، والحق في ذلك للخصم، فإذا رضي جاز، وبه صرح صاحب الإرشاد فلا يجوز وإن رضي خصمه، وبه صرح أبو علي مستدلا عليه بما اقتضاه كلام ابن يونس والبرزلي، فحيث كان التوكيل من قِبَل من يجب، كان لغير من ولاه عزلُه وتقديم غيره ببيان سببه كما لابن رشد قائلا : ويجوز لمن ولاه أن يعزله دونه كما في المعيار عنه.

وسئل أيضا عن النظر فيما أفتى به بعض معاصريه من أن من وكل غيره على بيع سلعة بأجرة فإنه مصدّقٌ أنه دفع ثمن ما باعه له بيمين حيث لم يدفع له ذلك ببينة مقصودة للتوثق حسبما ذكره خليل في مختصره بقوله : وصُدِّق في الرد كالمودع.

فأجاب : إنه صحيح جارٍ على المشهور. وفي حواب للشيخ ميارة ما يوافق نازلته.

وسئل أيضا عن أب وكّل على ابنه محجوره وكالة خاصة جعل له فيها الإنكار دون الاقرار على نحو ما في ابن سلمون وغيره في الوصي، فأنكر ذلك الموكلُ عليه.

فأجاب : إنه صحيح وفي ابن سلمون وغيره ما يدل عليه. ونص الفشتالي

في وثائقه في ذلك وفي الوصي بعد عقده، وتحرز أن يبيح للوكيل الاقرار على المحجور، إذ ذلك لا يجوز ولا يلزم المحجور المذكور، وقد غلط في ذلك بعض الموثقين وجعل في التوكيل على المحجور الإقرار وهو غير صواب، إذ لا يجوز إقرار الوصي والأب عن محجوره إلا فيما وَلِيَ فيه لمعاملة بشرط بقاء نظره عليه حين الإقرار، فتأمله. (هـ).

وسئل أيضا عمن وكلت خالها على كراء ثور، وزوْجَها على قبض الكراء، فقبض بعضه وعجز عن باقيه، فرامت تكليف العاقد جبرا على قبض ما بقي، فامتنع.

فأجاب إن له ذلك، لأن الوكيل إنما يقبض بالنص أو بالعرف كما في وثائق الفشتالي وغيرها، فحيث انتفيا فلا قبض له ولا عليه، سيما وقد أذنت في القبض لغيره، فمن كلفه به أو قبضه منه فقد أتى بعظيم، واللهُ الموفق.

وسئل أيضا عن رجلٍ له دَيْن على غيره، أذِن صاحب الحق في دفعه لغيره وقدره ثمانمائة وعشرون مثقالاً، فزعم المدين أنه دفع منه ثمانية عشر للمأذون له والباقي للآذِنِ، وأنكرهُ وكيل الآذِنِ الغائب في الريف، والخصام في طنجة، فحكم عليه بالغرم فغرم، ثم وجد بخط يد المأذون له في القبض أنه قبض جميع العِدّة، وأنه أبرأه منها، فهل يرجع بجميع ما خرج من يده أو إنما يرجع بما قال أنه دفعه، أو لا رجوع له أصلا، وإن قلتم يالرجوع فعلى من يكون رجوعه ؟

فأجاب : إنه يرجعُ على من قال إنه كان دفعه له، ولكن لا بجميع ما خرج من يده، وإن كان وفق ما أذن له فيه، لأن اعترافه لا يسقط حق غيره في الزيادة التي ادعَى بها عليه كما هو واضح، ونصوصُهم تدل عليه. وأصْل هذه المسألة في البيان، وعنه نقلها من نقلها حتى ابن سلمون فإنه قال : إذا قام وكيل الغائِب يطلب الدَّين فيدعي الغريمُ الدفع فإنه لا ينفعه ذلك ويغرم، إلا أن يكون له بينة. وفرَّق ابن عَبْد الحكم بين أن يكون بعيد الغيبة فيؤدي أو قريب الغيبة فلا يؤدي إلا أن يحلف، هذا هو الصحيح. ثم قال : فإن ظهر أنه دفع فله الرجوع

على الوكيل أو على صاحب الحق، فإن غرِم صاحب الحق فله الرجوع على الوكيل إلا أن يقيم بينة على الدفع. (هـ). ونحوه في الحطاب، فانظره مع كون الوكيل مصدقا في الدفع، قاله أبو علي. فانظره، وغيره عند قول المتن : وإن قال : أبرأني موكلك الغائب. وانظر الشيخ ميارة عند قول اللامية : كمن غاب، والأقوال أربعة...الخ. على أن هذه الحوالة على ما أفادَ نِيهِ السائلُ كانت حوالة إذن لا حوالة قطع، وقد تكلم عليهما في القوانين، وعنه نقله أبو علي، وقد وقفنا عليه في أصله، والله الموفق.

وسئل أيضا عن وكيل قِيمَ عليه بالعهدة، وأجيب أنه لا عهدة عليه.

فأجاب : أنه إن كان غير مفوض فلا عهدة عليه إن أعلمه بذلك الوكيل أو علِمَ به المشتري، وإن كان مفوَّضاً فالعهدة عليه كما في لامية الزقاق وابن سلمون وغيرهما من الكتب القريبة التناول. ونص ابن سلمون : وعلى الوكيل المفوّضِ العهدة إليه واليمين كالوصي، وغيرُ المفوضَ إليه إن صرح بالوكالة أو عُلِمت فلا عهدة إليه، وإلا فهي عليه متى يبيِّن أنه وكيل، فإن بيَّن فلا شيء عليه. (هـ).

وسئل أيضا عمن له أرض تحت يد رجل يدفعها لغيره، فمات الدافع وادعَى المدفوعُ له أنه دفع له حظه من الذّرَة.

فأجاب : إن الدافع وكيل، فحيث مات قريباً من قبضه ولم تحقق براءة ذمته كان ذلك في ماله كما في التحفة وغيرها، وقُصارى ما على صاحب الأرض اليمينُ فيما لم يقبضه مما دفعه عَملة أرضه لوكيله، والعملة مصدقون مع أيمانهم في الدفع كما للمالك في عامل المساقاةِ. وقال ابن رشد : لأنها في أمانته لا في ذمته، ويحلف العامل، قربَ الجذاذ أو بعد كما للوانوغي في حواشيها، والله الموفق.

وسئل أيضا عن وكيل ادعى دفع ما قبضه لموكله وأنكره موكله.

فأجاب : القول قول الوكيل مع يمينه جملة دون تفصيل على المشهور. ومذهب المدونة. والمسألة عند ابن رشد فيها أربعة أقوال. وأجاب غيره عقبه : إنه كذلك، ولكن إذا وكل على قبض أو بيع فقبض أو كان مفوضا إليه كما في شراح

خليل وغيره، وحيث كان موضوعنا وكالة الخصام فقط، فلا يجوز له القبض ولا غير ذلك، ولا يعدو ما وكل عليه. ففي الحطاب عن المقدمات : وإن سَمَّى بيعا أو ابتياعا أو خِصاما أو شيئا من الأشياء فلا يكون وكيلا إلا فيما سمى.

فأجاب : أيضا عقبه الحائك رحمه الله : لا شك أن المدار على العرف في قبض الوكيل حتى في وكيل البيع كما لأبي علي مصدقا لغيره فيه، ومفاد الخلاف الذي نقله ابن سلمون وغيره عن ابن رشد في ادعائه دفع ما قبضه لموكله دخول وكيل الخصام فيه. ولقد أفصح الرعيني بذلك وابن أبي زمنين. ونص الرعيني قال محمد : وإذا وكل رجل رجلا على تقاضي دَين وإقباضه أو على بيع شيء بعينه أو الخصومة فيه أو كان وكيلا مفوِّضا إليه فزعم الوكيل أنه دفع ما وكل على قبضه إلى من وكله وأنكر ذلك الموكل، فإن قام بِحدثان ذلك...الخ. ونص ابن أبي زمنين قال عبد الملك : وسألت مطرفا عن الرجل يوكل على التقاضي وعلى قبض شيء بعينه أو على الخصومة أو الوكالة المفوض إليه.

وسئلت عن شريف من أهل فاس تاجرٍ بمصر وله وكيل بفاس ينفق على أولاده ويقضي لهم جميع الكلَف التي يحتاجون إليها نحو العشرين عاما، وقبْلَ وفاته بمدة قليلة ذهب لقاضي فاس وطلب منه تقدير أجرته على القيام بهم في هذه المدة بأرباب البصَر، فأجابه إلى ذلك فقدّروها له بألف ريال وعشرين ريالا على حسب أربعة ريال في كل شهر، فلما مات أرسل التاجر المذكور ولده لفاس يحوز ما كان تحت يده من الناض والحوائج وغير ذلك، فاقتطع له ورثته جميع الأجرة المقدّرة، فسلمها لهم وأخذ ما زاد عليها، ثم قدم التاجر المذكور من مصر فاستظهر بخط يد الوكيل الهالك أنه أُشهد على نفسه أنه إنما يخدم التاجر المذكور لله وفي الله، لكونه شريفا من قرابة رسول الله ﷺ لا لدنيا ولا لرياء ولا سمعة، وإنما قصد بذلك التقرب إلى جده وشفاعته فيه لا غير.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بخط يد الهالك أن جميع خدمته للشريف سيدي الغالي إنما كانت لله تعالى والنسبةِ التي له بالنبي ﷺ، فلا أجرة له على الخدمة المذكورة في تلك المدة قطعا، إذ لا نزاع في أن المقر بخطه يؤاخذ به

كما قال في التحفة :

وكاتبٌ بخطه ما شاءه   ومات بعدُ أو أبى إمضاءه
يثبت خطه ويمضي ما اقتضَى   فلا يمينَ وبذا اليومَ القضا

قال اليزناسني في شرحها : وعلى ذلك العملُ اليوم، وبه القضاء وهو المشهور من مذهب مالك. وقال في فصل الإقرار أيضا : وهو أقوى من البينة على المقِر، لقوله ﷺ : أحق ما يؤاخَذُ به المرءُ إقرارُه على نفسه. وقال الشيخ ميارة : أما إن أقر فلا يفتقر إلى إقامة البينة ولا إلى اليمين. وفي مثل هذا يقول الفقهاء : أقر الخصم فارتفع النزاع، والنصوص بهذا المعنى كثيرة، وهي دالة على لزوم هذا الإقرار للمقر في حياته ولورثته بعد وفاته. وعليه فطلبُ الوكيل بعد هذا الاقرار تقديرَ الأجرة على قيامه هذه المدةَ من القاضي، لا عبرةَ به، لأنه لا يستحق أجرةً على ذلك، ولأنه من التعقب بالدافع وهو غير مفيد. ففي حاشية الرهوني بعد كلام في نحو المسألة ما نصه : وتتبُّعُ النصوص يطول بنا، على أنه يكفي شاهداً لابن شاس وأتْباعه، قولُ أهل المذهب قاطبةً : يؤاخذ المكلّف بلا حِجْر بإقراره، ولا يقبل منه تعقبه بالدافع حسبما هو مقرر. وقد حكَى ابن القطان في كتابه الاقناع الاجماعَ على ذلك. وأما تسليم الوكيل الأجرة فغير معتبر أيضا، لأنه إن اطلع على خط يده أنه يخدم لله وسلم له الأجرة، فهو متعد، ظالمٌ للموكِل، وهو معزول عن غير المصلحة، وإن كان غير عالم بخطه وسلّم فلا يلزمه أيضا، لأن كل من سلم في شيء يظن لزومه ثم تبين خلاف ذلك فإنه لَا يلزمه. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

ووقع الجواب عن وكيل عقَدَ مخارجَة بينه وبين من زعم توكيلها له :

الحمد لله، المخارجة أعلاه غير لازمة للمرأة المذكورة، إذ الوكيل لا يشتري لنفسه ما وُكل على بيعه، والله أعلم. وكتب عبد ربه محمد بن ابراهيم.

وبعده، الحمد لله، صحيحٌ ما رسِم أعلاه، فللمرأة أو وارثها الخيار في التمسك بمقتضى المخارجة أو رده لأنه بيع، والوكيل لا يبيع لنفسه كما سطر أعلاه على تقدير ثبوت وكالته. ففي التوضيح : المشهور من المذهب، والمعروفُ أن

الوكيل على بيع سلعة لا يكون له بيعها من نفسه، وإن فعل فالموكل بالخيار في الرد والإمضاء. (هـ). وفي خ عطفا على الممنوع : «وبيعه لنفسه»، والله أعلم، وعللوه بما لا يخفى، والمخارجة من ناحية البيع. وعليه فما سطر أعلاه وصحح من أن للمِرأةِ المذكورة أو وإرثها من بعدها، الخيارَ في الرد والامضاء، على فرض ثبوت توكيلها لعمها المذكورين، صحيح، والله أعلم. وكتب موافقاً عبد ربه محمد العربي الزرهوني.

وسئل المفتي ابن ابراهيم عن غائب وكل وكيلين على أمور بيعه وشرائه ونكاح بناته، فقبل أحد الوكيلين دون الآخر، فهل لمن قبِل، الاستبدادُ بالنظر في أمور الموكل أم لا ؟

فأجاب : الحمد لله، حيث قِبل الحاج عبد الغني أحد الوكيلين أعلاه التوكيل المذكور دون أخيه جـ عبد الرحمان، كان للذي قِبل، الاستبدادُ بالنظر في أمور الموكل المذكور، على ما لابن شاس وابن الحاجب، وأقره شارحه ابن عبد السلام وابن هارون، وتبعهم الشيخ خليل في مختصره فقال : «ولأحد الوكيلين الاستبداد إلا لشرط». (هـ). قال الحطّاب : ونحوُ عبارته لصاحب الارشاد في إرشاده ومعتمده وشرحه، والله أعلم. وكتب عبد ربه محمد بن ابراهيم لطف الله به. (هـ).

قلت : والمذهب خلاف ما اعتمده شيخنا في هذه النازلة. ففي شفاء الغليل عند نص خليل المذكور، ما نصه : كذا قال ابن الحاجب، تبعا لابن شاس، فقال ابن عبد السلام : يعني أن أمر الوكيلين مخالف للوصييْن، فإنه لا يجوز لأحدهما الاستبداد، ونحوه لابن هارون، فقال ابن عرفة : لا أعرفه لغيرهم، وكذا تعقبه المصنف في توضيحه فيشبه أن يكون قال هنا : ولا لأحد الوكيلين بزيادة لا النافية، عطفا على قوله، فلا يؤخر، ولكن سقط للناقل لفظ لا، ويمكن أن يكون تبع من ذكرنا. (هـ). وكذا تعقبه الشيخ أحمد الخضراوي في حاشيته، وقال الحطّاب : وما ذكره غيرو هنا كافٍ فيما يتعلق بكلام المؤلف، ونحوُ عبارته لصاحب الارشاد، واعترضه الشيخ سليمان بما اعترض به المصنف على ابن

الحاجب، والله أعلم. (هـ). وبعد أنْ اعترض في التوضيح كلامَ مشروحه بكلام المدونة وغيرها، قال : وأين هذا من كلام ابن الحاجب وابن شاس، فاعْلَمْهُ. (هـ). قاله المحقق الزرهوني في نوازله.

ووقع الجواب ممن سيسمى عمن وكلت زوجها فلانا لينوب عنها ويقوم مقامها في قبض ما يجب لها قبضه عند من كان وتعين، واستخراج حقوقها حيث بانت وظهرت من إرث وغيره، وبيع ما يباع، أصلا كان أو غيره لمن يرى وبما يرى من الثمن، وقبضه واليمين إن وجبت وطلبه، والصلح إن ظهر له وجهه، والقسم والحوز والشفعة إن وجبت، وعقد الكراء في الأصول وغير ذلك، والإبراء بعد ذلك، توكيلا تاما دائما مستمرا، بما نصه :

الحمد لله، التوكيل أعلاه صحيح، وللوكيل بهذا التوكيل قبض حقوق موكلتي أي شيء كان ما لم يثبت تصريحها بعزله، والله أعلم. وكتب محمد بن أحمد الحاج الرهوني وفقه الله. (هـ).

ووقع الجواب عن محجورة وكلت من ينوب عنها في استخراج حقوقها وقبض ما يجب لها قبضه عند من كان، وتعين الإبراء بعد القبض فقبض الوكيل باعترافه أربعين مثقالا، فهل توكيلها على قبض حقوقها وقبض ما يجب لها قبضه عند من كان وتعين، والابراء بعد القبض، فقبض الوكيل باعترافه أربعين مثقالا صحيح، ويبرأ بالدفع لوكيلها أم لا، بما نصه :

الحمد لله، حيث كانت المرأة أعلاه مولى عليها فتوكيلها على قبض ما يجب لها قبضه، غير صحيح، ولا لازم لها، ولا يبرأ من لها عليه شيء بدفعه لوكيلها، بل ولا لها نفسها، ويؤاخذ به. نعم للمحجور أن يطلب حقوقه من وصيه أو غيره ويوكل عليها ليبينه ويظهره كما في الحطّاب عن ابن رشد، وعن معين الحكام، وعن المتيطي قائلا : وعلى هذا مضى العمل. (هـ) والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم لطف الله به. (هـ).

وأجاب أيضا عن تقييد مقال وكيل عن غيره قال فيه : والمنوب عنه

المذكور كان صغيرا محجورا، بما نصه :

الحمد لله، ما تقيد عن الوكيل في الدعوى أعلاه بأن منوبه كان صغيرا محجورا، محمول على حجر الصغر لا حجر الولاية، فلا يطالب بترشيد ولا غيره، بل حيث ثبتت الولاية عليه كما يجب بإيصاء من أب أو تقديم من قاض لم يمنع من طلب حقوقه وتوكيله عليها كما في الحطّاب، ونظمه صاحب عمليات فاس بقوله :

وطلب الحق بتوكيل لمن حضر أو غاب وصيه قمن

والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم. (هـ). وبإثره

الحمد لله، ما رسم أعلاه صحيح، ففي اختصار المتيطية لابن هارون عن غير واحد : للسفيه طلب حقوقه، حضر وصيه أو غاب، والخصام فيها. قال ابن بقي وغيره : له أن يوكل كما له أن يطلب، وبه مضى العمل. ومثله في جواب لأبي القاسم الغبريني حسبما في المعيار، ونقله الحطاب عن معين الحكام. وقال ابن سهل : توكيله هو القياس؛ لأنه لما جاز كلامه فيه وطلبه جاز أن يعوض عنه غيره في ذلك القدر الذي يجوز له أن يفعله هو بنفسه. وكتب بوبكر المنجرة الحسني. (هـ). وبإثره

الحمد لله، ما رسم أعلاه وصحح من أن للمنوب عنه المشار إليه طلب حقوقه بنفسه وتوكيله عليها، ولو ثبت حجره والولاية عليه، كما يجب على المعمول به صحيح : وما جلب من المنقول هو في عين النازلة صريح. وقال ناظم العمل المطلق :

وجاز للسفيه أن يوكلا خصما له يطلب حقا مهملا
حضر أو غاب الوصي كما له هو الخصام ليحق ماله

والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته.

وأجبت عما يظهر من الجواب بما نصه :

الحمد لله، إقرار الوكيل أعلاه بما قيد عنه في جواب المقال أعلاه من الاقرار بالزوجية وما بعدها لازم لموكله المذكور أعلاه على المشهور المعمول به، لأنه غير

خارج عن معنى الخصومة التي وكل عليها، ولولا ذلك ما كانت فائدة لجعل الاقرار في الوكالة والجبر عليه لإتمامها. ابن رشد في نوازله ما نصه : ما تقيد على وكيل الخصام لازم لمن وكله ما لم يعزله عند الحاكم الذي وكله عنده على الخصام. وفيه أيضا : وما تقيد على الوكيل لازم لموكله، إلا أن يكون عزله قبل مناشبة الخصام عزلا أعلن به وأشهد به، ولم يكن منه تفريط في تأخير إعلامه، إذ لا يجوز لمن وكل وكيلا على الخصام أن يعزله بعد ان نشب خصمه في الخصام وقاعده فيه، ولا قبل ذلك سرا إذ لو جاز ذلك لم يشأ أحد أن يوكل أحدا وكيلا على المخاصمة عنه ويشهد في السر على عزله إلا فعل ذلك، فإن قضى له سكت، وإن قضى عليه قال : كنت عزلته. قال أبو الوليد : هذا الذي أقول به، ولا يصح سواه على أصولهم، ولا يلتفت إلى ما يؤثر في ذلك من الاختلاف. (هـ).

ووقع السؤال عما يظهر من الجواب الذي نصه :

الحمد لله، بيع الدار المذكورة أعلاه يليه الصادر من الوكيل لموكله لم يجعل له في الوكالة البيع، والوكيل المخصوص لا يتعدى ما جعله له موكله. خ : أو يُعَيِّن بنص أو قرينة وتخصص وتقيد بالعرف فلا يعده. (هـ). ابن شاس : أما إن قيدت الوكالة بالتصرف في بعض الأشياء دون بعض، فالرجوع في ذلك التقييد إلى مقتضى اللفظ والعادة. (هـ). ولا يتوهم أن الوكالة أعلاه مفوضة وإن كان فيها لفظ مفوضا لما في الحطّاب عن البرزلي. أن الذي جرى به العمل، وأفتى به الشيوخ أنه متى عقد في وثيقة التوكيل تسمية شيء، ثم ذكر بعد ذلك التفويض فإنه يرجع لما سمي. الخ... على أن في حواشي أبي علي عن ابن ناجي أن العمل جرى عندهم بأن الوكيل المفوض لا يوكل ولا يحل عصمة الموكل ولا يبعْ له ربعا لأجل العرف. ثم قال : وقوله ربعا ظاهره ولو لم يكن دار سكناه، والله أعلم. محمد العربي الزرهوني. (هـ).

الحمد لله، صلح الوكيل أعلاه غير ماض ولا لازم لموكلته حيث لم تجعله له في أصل توكيلها إياه، فلها ولوارثها إن ماتت القيام على ورثة عمها الحاج عبد الكريم بجميع ما لها عليه. وكتب محمد بن ابراهيم.

الحمد لله، ما رسم أعلاه من عدم لزوم الصلح لعدم جعله في أصل التوكيل صحيح، كما في ابن عرفة عن نوازل أصبغ : الوكالة على الخصام فقط لا تشمل صلحا ولا إقراراً ولا يصح من الوكيل أحدهما إلا بنص موكله عليه. وفي اللامية : وكل وكيل فامنعن صلحه سوى... وكيل بتفويض. الخ... وكذا ما رسم أعلاه من أن لها ولوارثها القيام بجميع ما لها على عمها صحيح، لأنه حق ثابت. ومن مات عن حق فلوارثه القيام به. وكتب بو بكر المنجرة. (هـ).

الحمد لله، ما رسم أعلاه من الجواب المصحح صحيح، وفقهه من متون المذهب صريح. وفي اللامية :

وإن وقع التفويض إثر مقيد ببيع خصام شبه أخصص مكملا

على أن التفويض أعلاه مقصور كما ذكر قبل لا مطلق كما في الوثيقة أعلاه، فيختص بما ذكر فيها ويقصر عليه، وليس للوكيل إذ ذاك أن يصالح، ولا يمضي ان وقع منه على موكلته ولا يلزمها، ولها ولوارثها القيام على عمها بجميع ما لها عليه والتكلم معه كما في المقيد أعلاه، وراجع نظم العمل المطلق، فقد استوفى الكلام على هذا. وكتب محمد العربي الزرهوني. (هـ).

ووقع الجواب عمن باعت دارا لشخص ثم وكلت وكيلا على قبض الثمن والإبراء بعده والصلح إن ظهر وجهه، فأثبت المشتري أن بالدار المبيعة عيبا أقدم من أمد التبايع يخفى مثله على المشتري، فصالحه الوكيل بشيء في مقابلة ذلك، ثم قامت الموكلة تروم نقض ذلك بما نصه :

الحمد لله، ما أسقطه الوكيل أعلاه عن المشتري للدار المذكورة من الثمن المذكور في مقابلة ما قام به ووجده من العيوب لازم للموكلة المذكورة، فليس لها أن تطالبه به لما جعلت له من الصلح في ذلك، ولا سيما وقد ثبتت تلك العيوب بأرباب البصر حسبما بيد المشتري. وكتب محمد بن ابراهيم.

وبعده، الحمد لله، صحيح ما رسم أعلاه. وكتب محمد بن العربي الهاشمي الزرهوني. (هـ).

الحمد لله، لا يتصرف الوكيل إلا بجلب مصلحة أو درء مفسَدة وهو معزول عن المفسَدة الراجحة والمصلحة المرجوحة والمساوية وما لا مفسدة فيه ولا مصلحة، قاله القرافي في ذخيرته،والمعيار في نوازله. وقال البرزلي : إنما يوكل الوكيل لينتفع به. (هـ) من نوازله. وقال في موضع آخر : ولا يمضي من أفعال الوكيل إلا ما كان صوابا وسدادا، واستشهد عليه بما نقله ابن عرفة عن أبي عمران : النائب عن غيره من وكيل أو وصي إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس به أنه مردود. (هـ). ونحوه في المواق. وقال بهرام في كبيره : لا يجوز أن يتصرف الوكيل إلا بوجه جائز، وتبعه عليه غير واحد من الشراح. وقال الزرقاني ومصطفى وبناني : لا فرق في الوكيل بين المفوض والخاص خلافا للتتائي، فإذا تقرر هذا ظهر لك أن إبراء الوكيل أعلاه بالنسبة إلى واجب إخوته باطل،والاستدلال به عاطل من وجهين :

أحدهما، أنه تعدى في وكالته ما سمي له من الابراء بعد القبض ومجاوزته إلى ما لم يسم له من الابراء قبله. وقد قال ابن رشد : ليس للوكيل أن يتعدى في وكالته ما سمي له ويتجاوز إلى ما لم يسم له. (هـ).

ثانيهما، لو فرضنا عدم التسمية لم يمض من أفعاله إلا ما كان صوابا وسدادا وهو معزول عن غيرهما، وعما فيه مفسدة راجحة أو مصلحة مرجوحة كما تقدم، فيبقى لهم ما قبضوه لمصادفتهم فيه المنصوص الذي شهد لاعتباره النصوص، وأما واجبه فإبراؤه فيه لازم له، لأن هبة المدين لمن هو عليه إن قَبِله،إبراء. وكتب عبد الكريم. (هـ).

نـــوَازل الإقـــرَار

سئلت عن رسم وتحته فتوى نصها : الحمد لله، أشهدت المرأة فلانة أنها لا شيء لها مع بنتها فلانة في عدَّة حوائج ذكرتها، وإنما ذلك لبنتها تملكته من صداقها وكدِّ يدها، ثم ماتت هذه المقرة بعد أربعة أعوام ، وقام على البنت المذكورة بعض الموصى لهم بالثلث فأفتى بما نصه :

الحمد لله، إقرار المرأة لبنتها بما ذكر، إن كانت البنت معروفة بالتكسب ويشبه أن يكون مثل تكسبها أو صداقها، فإن الإقرار صحيح وإلا فلا،لأنه توليج، ويطلب بحضور رسم الصداق. قال العلامة التسولي في بهجته ما نصه :

وهذا كله إذا كان المقر له يشبه أن يملك المقر به لكونه معروفا بالتكسب والإرث من أمه ونحو ذلك، فإن كان مما لايشبه أن يكون تكسبه، أو ورث مثل هذا المال المقر به، بل ما أقر به أكثر مما يشبه تكسبه أو إرثه، أو كان لا يعرف بتكسب ولا إرث أصلا، فلا يعمل بذلك الإقرار. قال أبو الفضل البرزلي في مسائل البيوع من ديوانه ما نصه : إقرار الأم بِدَيْن لابنتها في صحتها نافذ إلا أن تكون الابنة غير معروفة بتكسب ولا فائد من ميراث أو غيره، فإقرارها حينئذ بما لا يشبه أن يكون لها محض توليج. (هـ). وهذا كله ظاهر والله أعلم. قاله عبد ربه محمد. (هـ).

فأجبت : الحمد لله، إقرار المرأة المذكورة لابنتها المذكورة صحيح تام، لأن إقرار الصحيح نافذ بلا شرط على المشهور المعمول به الذي هو مذهب المدونة أيضا. قال الزرقاني على قول خليل في باب الإقرار : «ومريض إن ورثه ولد». ما نصه :

ومفهوم قوله مريض أن إقرار الصحيح صحيح بلا شرط، وهو الموافق لما مر من أن قوله ولم يتهم إنما يعتبر عدم الاتهام في المريض والصحيح والمحجور عليه أي المفلس. وكتب الشيخ بناني على قول الزرقاني : إن إقرار الصحيح صحيح بلا

شرط، ما نصه : هو كذلك، سواء أقر لمن علم ميله إليه أم لا ؟ ورث كلالة أو لا ؟ وسواء قام المقر له في الصحة أو في المرض أو بعد الموت. ابن رشد : هذا هو المعلوم من قول أبي القاسم وروايته عن مالك، المشهور في المذهب، ونحوه لابن سلمون :

وحاصله أن الإقرار في الصحة للوارث إذا لم يقم به إلا بعد الموت، إن عرف وجهه فهو جائز اتفاقا وإلا فقولان : المشهور، وهو رواية المصريين، الصحة. ومقابله وهو قول المدنيين، واختيار ابن رشد، عدم الصحة إذا علمت هذا فما في الأجهوري من فتوى ابن سهل وابن عتّاب وابن الحاج وغيرهم، كله إنما يأتي على مقابل المشهور. (هـ). وكتب الرهوني على قول الشيخ بناني : «وسواء قام المقر له في الصحة أو في المرض»، ما نصه : حكى في النوادر الاجماع على ذلك، ونصه : أجمعوا أنه لو أقر لوارث في صحته فلم يقبض ذلك حتى مرض المقر، أن الإقرار ماض إذا مات المريض (هـ) على نقل أبي علي. (هـ). وصرح بأن العمل بالمشهور غير واحد : منهم الإمام المجاصي فإنه سئل عمن أشهد في صحته أن في ذمته دينا لابنه من حوائج ورثها من أمه باعها الأب وتخلد ثمنها في ذمته، فأجاب :

أما إشهاد الأب لابنه بدين فنافذ معمول به إن كان في الصحة على قول ابن القاسم. قال ابن الناظم في شرح تحفة والده : وبهذا القول العمل. (هـ). ونحوه في المعيار قائلا : فالمشهور من المذهب صحة ذلك وهو مذهب ابن القاسم المعمول به عند القضاة، سواء سبب الأب لذلك سببا أو لم يسبب، علم لأولاده مال أو لم يعلم. (هـ). ومنهم الشيخ بناني ونصه : فإن كان في الصحة، ففيه قولان : أحدهما، أنه نافذ ويحاصص به الغرماء، وهو قول ابن القاسم في المدونة. والعتبية. قال المتيطي : وعليه العمل. فظهر بهذا أن المنقول أعلاه عن البرزلي ضعيف جدا لا يجوز الإفتاء ولا الحكم به لكونه بلغ الغاية من الضعف، والله أعلم، على أن المناسب لعين النازلة هو قول الحطّاب في شرح المختصر ما نصه :

سئلت عمن أقر أنه لا حق له في هذه العزلة ثم مات، فقام شخص قريب

للمقر فادعى على أن لموروثه (أي المقر) فيها حصة، فهل تسمع دعواه أم لا ؟

فأجبت : إقرار الشخص بأنه لا حق له في هذه العزلة مبطل لدعواه (أي لدعوى هذا الوارث) أن لموروثه فيها حصة، والله أعلم. (هـ) ما كنت قيدته. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

ووقع الجواب عمن أشهد أنه لا حق له مع أولاد أخيه سماهم في الدار الكائنة بكذا، بما نصه :

الحمد لله، إشهاد حد (إسم رجل) المذكور أعلاه، واعترافه بأنه لا حق له ولا شيء له مع أولاد أخيه فلان، تسليم منه لهم في كل ما يصدق عليه حق له من الدار أعلاه قل أو جل، فلا تسمع دعواه أو دعوى ورثته فيما يدعون أنه كان تملكه قبل الإشهاد المذكور ولو ثبت ذلك ببينة. ففي النوادر في ترجمة الإقرار بالمجهول عن ابن سحنون ما نصه : وإن أقر أنه لا حق له قبله فليس له أن يطلبه بقصاص ولا حد ولا إرث ولا كفالة بنفس ولا بمال ولا دين ولا مضاربة ولا شركة ولا ميراث ولا دار ولا أرض ولا رقيق ولا شيء من الأشياء من عروض أو غيرها إلا ما يستأنف بعد البراءة في اجماعنا. (هـ). نقله الحطّاب، فلو كشف الغيب أنه كان له حظ في الدار أعلاه بإرث مثلا يعلمه، وكان ذلك قبل الإشهاد الصادر منه فهو لهم يختصون به لإقراره، ولا شيء له ولا لوارثه، والله تعالى أعلم. وكتب بوبكر الحسني وفقه الله. (هـ).

ووقع السؤال عن رجل توفي عن زوجة وحفيد غائب فتوارثت الزوجة في متروك زوجها مع ولد أخي زوجها، فلما قدم ابن الابن أقرت له بالبنوة، وأن زوجها الهالك جده للأب وله بينة سماع تشهد له بابن ابن الهالك، فهل يلزمها أن ترد له ما نقصه الإقرار لقول خليل : «وإن أقر أحد الورثة فقط بوارث فله ما نقصه الإقرار»، وقد كانت ورثت مع ابن الأخ الربع، وحيث أقرت بابن الابن ترجع للثمن لقوله : «والثمن لها أو لهن بفرع لاحق»، وهل إذا شهدت له بينة بالسماع يرد ابن الاخ ما أخذ أم لا ؟ بينوا لنا ما لديكم. (هـ).

فأجاب من سيسمى بما نصه :

الحمد لله، الجواب نعم، يلزمها (أي الزوجة المقرة) أن ترد للمقر له ابن الابن ما نقصه الإقرار، وكذلك يقضى للقادم المذكور بالرجوع على ابن عمه، إذا شهدت له بينة بالقطع على عينه أنه هو ابن الابن، والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم لطف الله به. (هـ).

وبعده، الحمد لله، المرسوم أعلاه صحيح، فإذا ثبت بشهادة البت أن القادم هو حفيد الهالك ابن ابنه، فابن أخي جده الذي قاسم الزوجة في متروكه يرد لهذا القادم ثلاثة أرباع المتروك ولا شيء له معه، لكشف الغيب بوجود هذا الحفيد المقدم عليه في الميراث، وترد الزوجة نصف ما ورثته وهو ثمن المتروك، لأنها محجوبة عن الربع إلى الثمن بالفرع الوارث على كل حال، لإقرارها به، وإن لم يثبت بغير إقرارها. نظيرتها قول ابن شاس : لو ترك أمّاً وأخاً فأقرت بأخ آخر فإنها تخرج ما في يدها وهو السدس، فيأخذه الأخ المقر له وحده. وفي خليل : وإن ترك أمّاً وأخاً فأقرت بأخ فله منها السدس. (هـ). الحاصل أن الزوجة إنما لها في النازلة أعلاه الثمن ترثه، والثمن الآخر ترده لابن الابن مؤاخذة بإقرارها ولو لم يثبت ذلك بشهادة البت، فإن أثبتها استحق سبعة أثمان المتروك، والله أعلم. وكتب بوبكر الحسني وفقه الله بمنه. (هـ).

وبعده، الحمد لله. من المعلوم أن للورثة إذا كانوا أكثر من واحد فأقر أحدهم بوارث ولم يثبت ذلك لعدم عدالة المقر أو لعدم بلوغ النصاب، فإن المقر به لا يعطى إلا من سهم المقر على ما أوجبه الإقرار كما في نص المتن المنقول في السؤال. ونص ابن شاس و خليل المنقولين في تصحيح الجواب : وفي أصول الفتيا لابن حارث فيما إذا أقر بعض الورثة بوارث أنه يعطى المقر له من يد المقر ما ينوبه مما في يديه، وما سطر من رجوع ابن الابن القادم على ابن عمه بشرطه هو كذلك بما لا مزيد عليه لوضوحه، والله أعلم. وكتب محمد العربي بن الهاشمي الزرهوني تغمده الله برحمته بمنه. (هـ). ومن نوازل مازونة من جواب لأبي الفضل العقباني أن من أقر بما يعرف ملكه له في صحته أو مرضه لوارث أو لأجنبي يجري مجرى الهبة ويحكم له بحكمها، إن حاز ذلك المقر له في صحة المقر جاز له، وإلا لم يجز

إلا أن يكون إقراره على وجه الاعتذار فلا يلزمه. قال ابن رشد : هذا مما لا خلاف فيه أحفظه. (هـ).

ووقع السؤال عن امرأة أنكرت قبض بعض دراهم بعد أن كانت أشهدت بقبضها، وطال ذلك سنين.

فأفتيت فيها : الحمد لله، حيث أقرت المرأة على لسان وكيلها في تقييد المقال حوله بأن المدَّعى عليه كان أشهد عليها بحوز جميع العدة المدَّعى بها، ثم قامت الآن تدَّعي أنها إنما قبضت البعض وأشهد عليها المدَّعى عليه بحوز الكل، فإن دعواها لا تسمع ولا يمين لها على المدَّعى عليه إلا لو قامت بالقرب، أما حيث طالت نحو عشر سنين فلا. ونص المختصر ممزوجا بشرحه الزرقاني هو قوله كإشهاد البائع على نفسه بقبضه للثمن، فلا تقبل دعواه بعده أنه لم يقبضه وحلف مشتريه إن بادر ثم قال : لو أشهد المشتري على نفسه بقبض الثمن ثم ادَّعى أنه لم يقبضه، فالظاهر أن له تحليف البائع إن بادر وإلا لم يحلفه. (هـ). ولا مفهوم للبائع ولا للمشتري، بل كل من أقر بقبض شيء ثم ادَّعى أنه لم يقبضه، فإن قام بالقرب كالعشرة الأيام فله التحليف وإلا فلا. ولذا قال في التوضيح : إن قامت البينة على إقرار الأب أو الوصي بقبض الصداق ثم ادَّعى أنه لم يقبض وقال : ظننت به الخير فلذلك أشهدت له بالقبض. ففي تحليف الزوج ثلاثة أقوال. قال في الموازية : يحلف، وبه قال أصبغ وابن حارث وابن لبابة، لأن ذلك مما يجري بين الناس. وحكى ابن مالك عن ابن حبيب وأصحابه أنه لا يحلف إلا أن يأتي الأب بسبب يدل على ما ادَّعاه ويقع به على الزوج تهمة فيحلف، ونحوه لابن عبد الحكم قال : ولو جاز له تحليفه لما كان للوثائق معنى. والذي جرى به العمل بين المفتين، وقاله غير واحد من الموثقين، إن قام الأب على قرب من تاريخ النكاح كالعشرة أيام ونحوها حلف، وإن قام على بعد لم يلزمه اليمين. (هـ) بلفظه. هذا في النكاح المبني على المكارمة فأحرى غيره. وقال في الفائق ما نصه : وفي أجوبة القاضي أبي علي الحسن ابن عثمان بن عطية الونشريسي أن الإشهاد إذا وقع بين المتداينين أو بين المتبايعين، فكل من ادَّعى خلاف ما في الرسم فقوله غير مقبول،

وحجته داحضة، إلا أن يقوم البيان عليها، ولو سومح في مثل هذا لارتفعت الحقائق وانحلت العقود والوثائق، ولهذا أمرّ الله سبحانه بالاشهاد ليرتفع النزاع وتنسجم مادة الدفاع، ولو قام هذا المدَّعي بالقرب لحلف المدَّعى عليه. قاله ابن لبابة وغيره. وقيل : لا يمين عليه، قرب الأمد أو بعد، حكى القولين ابن الهندي وغيره، وفيه كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني العمراني لطف الله به.

الحمد لله، من المقرر المعلوم أن الإقرار أقوى من كل رسم ومن كل شهادة، وحيث أقرت الوصية بأن الإشهاد وقع عليها بحوز جميع العدة المصالح بها كان ذلك مغنيا عن إحضار رسم الاشهاد بما ذكر، ومع وجود الاشهاد المذكور فلا يعتد بإنكار القبض. خليل :«ولو قال الأب بعد الإشهاد بالقبض لم أقبضه حلف الزوج في كالعشرة أيام». الزرقاني : ولو قال الأب ومن له ولاية قبضه من ولي أو زوجة بعد الاشهاد بالقبض للصداق من الزوج أي اعترافه عند الشهود بأنه قبضه من الزوج. ثم قال : لم أقبضه، لم تسمع دعواه في عدم قبضه، ولكن يحلف الزوج لقد قبضته أو لقد قبضه إذا كان في زمن قريب من العقد كالعشرة أيام فما دونها من وقت الإشهاد بالقبض. وأدخلت الكاف خمسة، زيادة على العشرة، وما زاد على نصف شهر يصدق الزوج في دفعه بلا يمين. (هـ) منه ممزوجا بالمتن، وسلمه محشوه. وفي المواق ما نصه : المتيطي : لو أشهد الأب بقبض المهر دون معاينة البينة ثم قال : لم اقبضه وأشهدت، وثوقا بديْن الزوج ففي ذلك ثلاثة أقوال. والذي جرى به العمل والفتوى وقاله غير واحد من الموثقين، إن ادَّعاه الأب قرب العقد كالعشرة أيام ونحوها أحلف الزوج وإلا فلا. (هـ) منه. ولا يخفى أنه لا فرق بين الصداق وغيره، وأن المدار على من أشهد على نفسه ولم يقبض ما أشهد به على نفسه وثوقا بالمشهد كما يدل عليه النظر في المعنى، وكلام الفائق وغيره، وعليه فلا يمين تتوجه في النازلة حوله لهذه النصوص الصريحة. وقيده محمد بن التهامي الوزاني كان الله له.

وسئلت عن رجل من الأشراف ادَّعى على ابنة عمه أنها سرقت له

خمسمائة ريال وتسعين ريالا، ولما علم بذلك ضربها ضربا موجعا وهددها بالسجن فأقرت بذلك وخرجت من الدار وذهب معها إلى دار أخرى، فتركته بباب الدار ودخلت فأخرجت في يدها مائة ريال واثنين وسبعين ريالا، وذكرت له أن الباقي دفعته لأهل الدار التي أخرجت منها ما ذكر، والذي يسكن بهذه الدار امرأة وبنتها أنكرتا ذلك و أقامتا بينة أنهما ليستا ممن يتهم بالسرقة، فرفعهما هذا الشريف لمتولي الأحكام المخزنية فقبضهما في السجن وهددهما بالعصا فاصطلحتا معه وهما في السجن على أن يحلف هو وزوجته وبناته على ما قال وتؤديا له ما بقي من العدد، فلما سرحتا من السجن طلبتا الشرع، وأن الإشهاد بالصلح إنما كان لأجل السجن والخوف من العصا.

فأجبت : الحمد لله، قال ابن الناظم في شرح التحفة ما نصه :

والاهانة الملزمة لمن لا تليق به إكراه، فكيف بما وصفت من الإخافة والثقاف بالحديد. (هـ). نقله شراحها عنه واعتمدوه. وقال في المدونة : من أقر بشيء من الحدود بوعيد أو سجن أو ضرب أو قيد فذلك كله إكراه. وفي المختصر مبينا للأمور التي يكون بها الاكراه الشرعي ما نصه : بخوف مؤلم، من قتل أو ضرب أو سجن أو قيد»، وإذا تقرر هذا فنقول : لا يلزم المرأتين المذكورتين ما اصطلحتا به من الدراهم لفقد الطوع. ومن المعلوم أن المكره لا يلزمه بيع ولا صلح ولا طلاق ولا إقرار ولا عتق ولا غير ذلك من العقود. وفي باب السرقة من المختصر ما نصه :

وتثبت بإقرار إن طاع وإلا فلا، ولو عين السرقة أو أخرج القتيل. وأيضا فإن قول ابنة العم ان الباقي دفعته لأهل الدار، غير مفيد قطعا. أما أولا، فإنها قالت ذلك بعد التهديد والضرب، وذلك إكراه لا يلزم معه شيئا أصلا. وأما ثانيا، فعلى تقدير أنها قالت ذلك طائعة فلا يلزم هاتين المرأتين شيء، لأنه إقرار منها على الغير.

ومن المعلوم في باب الإقرار أن المقر إنما يؤاخذ بإقراره على نفسه فقط لا

على غيره، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. ووافق على هذ الجواب الفقيه السيد عبد السلام الهواري، والفقيه السيد العباس التازي، والفقيه السيد التّاودي الورياجلي والفقيه حجيج والفقيه الجاءي. (هـ). وعارض هذه الفتوى بعض المعاصرين بأن الشريف المدَّعِيَ عليهما أثبت بينة اللفيف أن المرأتين متهمتان بالسرقة.

فأجبت : الحمد لله، لا مزيد على ما سطرناه في نازلة المرأتين حوله، ووافق عليه الجماعة كما في غير هذا. وقال الحطّاب على قول خليل : «يؤاخذ المكلف بإقراره» ما نصه : خرج بالمكلف إقرار المكره فإنه غير مكلف على الصحيح. قال القرطبي في شرح مسلم : شرط صحة الإقرار أن لا يكون بإكراه. وقال الدماميني في حاشية البخاري على قوله : «زملوني فزملوه حتى ذهب عنه الروع» ما نصه :

وعن الإمام مالك أن المذعور لا يلزمه ما صدر منه في حال ذعره من بيع وإقرار وغيره. وأما بينة اللفيف الشاهدة حوله بتهمة المرأتين ففيها أمور تمنع من قبولها، وعلى تسليمها فلا تفيد شيئا لوجود شهادة العدلين ببراءتهما. ومن المعلوم أن شهادة العدلين مقدمة على بينة اللفيف، فلا حاجة للتطويل بنقل النصوص لذلك. وأما ما سطر حوله من الفتاوي، فغير معتبر أيضا، لأن قول أول المفتين : المدَّعى عليه إذا كان من أهل التهمة يؤمر شرعا بسجنه وضربه إلى قوله. قال في التحفة :

وإن يكن مطالبا من يتهم فمالك بالضرب والسجن حكم

خارج عن موضوع النازلة، لأنه في دعوى السرقة، وهذا الرجل هنا لم يدَّع على المرأتين بها، بل قال في المقال : إن ابنة عمه سرقت له أربع خناشي مملوءة بالريال، ولما اطلع عليها وسألها عنها وهددها ذكرت أنها هي التي أخذتها ودفعتها للمنوب عنهما، وقال ذلك أيضا في رسم الصلح، فأنت تراه إنما ادَّعى بالسرقة على ابنة عمه، وهي التي ذكرت بزعمه أنها دفعت المسروق للمدَّعى عليهم، فالحكم على المرأتين بالغرم بدون إقرار منهما ولا بينة، غير جار على الجادة، إذ هو مخالف للشريعة المطهرة: البينة على المدَّعي واليمين على من أنكر.

والمدّعي مطالب بالبينة   وحالة العموم فيه بينة

بل الحق في النازلة أنها من دعوى الأمانة، والأمين لا يسجن ولا يهدد بالضرب ولو انكر، لا سيما النساء، وإنما تجب عليه اليمين فقط مع التهمة أو مطلقا، وقد شهد عدلان واثنا عشر من اللفيف بأن هاتين المرأتين ليستا من أهل التهم.

وقوله أيضا : إن الشهادة إذا بطل بعضها للسنة يبطل ذلك البعض فقط ويصح الباقي، ونازلتنا من هذا القبيل من أعجب ما يسمع، فإن هذه المسألة وقع فيها عقد الصلح فاسدا لاشتراط حلف النسوة اللاتي لا حق لهن في ذلك المال، مع أنه ليس في الشريعة أن يحلف أحد ليستحق غيره، فأي شهادة هنا بطل بعضها حتى تكون النازلة من هذا القبيل، وذلك لأن النازلة وقع العقد من أصله فيها فاسدا، فاستدل المفتي على صحتها بالشهادة إذا صح بعضها وبطل البعض، مع أن الفرق بينهما ضروري. وعليه فنقول : لا غرم على الزوج الضامن للمرأتين ولو كان طائعا لوقوع الصلح فاسدا فيجب فسخه لأنه منهى عنه، خليل : وفسد منهى عنه إلا بدليل، ولأنه قد ثبت بالبينة أنه كان مسجونا أيضا، وإنما خرج وقت الإشهاد عليه فراءه الشاهدان مسرحا فظننا أنه بأتمه. وفي الزرقاني : إن هذا مكره لا يلزمه شيء كما ثبت أيضا أنه عديم. وأما الفتوى الثانية والثالثة فلا محصول لهما أيضا، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن مسألة تظهر من الجواب، ونصه :

الحمد لله،حيث أقر قاسم بأن الطيب ابن عمه يجتمع معه في جده محمد، وأن فلانا الميت هو ابن عمهما وأنهما معا من عصبته، ثم أراد الآن الاستبداد بالتعصيب والاختصاص به، فلا سبيل له إلى ذلك، ولو أقام بينة أنه عاصب الميت وحده. أما أولا، فإن إقراره المذكور بأنهما من عصبة الميت مكذب لبينته بالاختصاص وقد نصوا على أن من أكذب بينته لا ينتفع بها، وفي حاشية الرهوني نقلا عن النوادر، لو أقر له بالعبد ثم قال بعد ذلك : اشتريته لزم إقراره، ولا أقبل منه البينة لأنه أكذب [illegible] وأما ثانيا [illegible] البينة فلا تمنع ذلك

الإقرار، لأن المقر له يأخذ هذا المال من يد المقر بمقتضى إقراره كالإقرار بالدين. قال في المختصر : وإن أقر أحد الورثة فقط بوارث فله ما نقصه الإقرار. قال الزرقاني نقلا عن العصنوني : هذا النقصان لا يأخذه المقر به على جهة الارث بل على جهة الاقرار، فهو كالاقرار بالديْن سواء. (هـ).وإذا كان يأخذه بالاقرار فقط فهو لازم له اتفاقا. ففي حاشية الرهوني بعد كلام في نحو المسألة ما نصه : وتتبع النصوص بنحو هذا يطول بنا، على أنه يكفي شاهدا لابن شاس وأتباعه قول أهل المذهب قاطبة : يؤاخذ المكلف بلا حجر بإقراره، ولا يقبل منه تعقبه بالرافع حسبما هو مقرر. وقد حكى ابن القطان في كتابه الإقناع الاجماع على ذلك ونصه الاستذكار، وأجمع العلماء على القضاء بإقرار المرء على نفسه. (هـ). وأما ثالثا فإن بيد المقر له أيضا بينة تشهد بأنهما معا عاصبان لذلك الميت وهي معمول بها هنا وإن كانت من اللفيف.

ولا يقال : البينة العادلة تقدم هنا خلافا لمن وهم، لأن محل التقديم المذكور عند المعارضة، وأما حيث لا معارضة فلا تقديم، لقول المختصر تبعا لأهل المذهب وإن أمكن جمع بين البينتين جمع، وما هنا من ذلك، لقول العدلين : لا وارث له في علمهما. وقول اللفيف يعلمونهما معا وارثين فيه، وبالضرورة أنه لا منافاة بين من لم يعلم شيئا وبين من علمه فيمكن الجمع بينهما قطعا. وأما رابعا فإن نصوص أهل المذهب في عين النازلة طافحة لا تقبل التأويل بوجه. ففي المختصر : «وإن أقر عدلان بثالث ثبت النسب، وعدل يحلف معه ويرث. قال الحطاب في شرح المختصر نقلا عن ابن رشد : المعلوم من قول مالك المشهور من مذهبه أن الوارث إذا أقر بوارث لا يلزمه أن يدفع إليه إلا ما زاد نصيبه في الانكار على نصيبه في الاقرار. وهكذا الحكم على القول المعروف من المذهب أن إقرار العدل بالوارث كإقرار غير العدل لا يأخذ المقر به إلا من حصة المقر فقط، وهذا إذا كان المقر رشيدا، وأما إذا كان سفيها فلا يؤذ من حصته شيء، والله أعلم. (هـ) منه. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وأجبت عن مسألة بما نصه :

الحمـد لله، إقرار الزوج لزوجتـه التي جهل حاله معها من بغض أو محبة في مرضه الذي مات منه، ولم يرثه إلا هي وبنته منها وعصبه بيت المال، فيه تفصيل، إن كانت البنت صغيرة فهو باطل باتفاق وإلا ففيه قولان على حد سواء. قال في المختصر : «ومع الاناث والعصبة قولان، وشرحه الحطّاب بقوله : يعني إذا أقر للزوجة التي جهل بغضه لها ولم يكن له ابن ولا بنون وإنما كان له بنات وعصبة، ففي صحة إقراره لها قولان، وسواء كانت البنات واحدة أو أكثر، صغارا أو كبارا إذا كن من غيرها أو كبارا منها، وأما إن كن صغارا منها فلا يجوز إقراره لها قولا واحدا قاله ابن رشد. وهذا مستفاد من قول المصنف «إلا أن تنفرد بالصغير». (هـ). وقال الزرقاني : فإن ورثه مع العصبة صغيرة أو إناث صغار منها لم يصح إقراره لها اتفاقا كما في توضيحه. (هـ). وبيت المال كعاصب النسب كما في حاشية الشيخ الرهوني وأبي علي بن رحال على التحفة، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمن أشهد في صحته أنه باع ثمان أواقي في دار سكناه من زوجته وقبض ثمنها، ثم بعد وفاته قام واحد من أولاده ربيبا للزوجة المذكورة وادعى أن البيع توليج لا حقيقة له، فصالحته الزوجة بثمانمائة مثقال، وسلم لها بيع الدار المذكورة ثم باعتها لأولادها ولغيرهم، وبعض أولادها باع ما اشتراه منها، والآن أقرت بأن البيع المذكور كان توليجا، فقام ربيبها المذكور وأراد نقض البيع المذكور، فهل له ذلك ذلك أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، حيث كانت المرأة باعت الثمان أواقي وخرجت عن ملكها بأسره لأولادها ولغيرهم، وبعض أولادها باع ما اشتراه منها لغيره، فإقرارها الآن بالتوليج لا عبرة به، لأنها لا ملك لها حتى تقر به فتتهم على إرادة نقض البيع الصادر منها. نعم تلزمها قيمتها في ماله أو الثمن الذي باعتها به. ففي حاشية الرهوني نقلا عن المدونة عند قول المختصر، «ووقف ملك غيره على رضاه» ما نصه : ومن باع أَمَة ثم أقر أنه غصبها من فلان فلا يصدق على المبتاع، ويضمن لربها قيمتها يوم غصبها إلا أن يشاء ربها أخذه بالثمن فذلك له. (هـ). ومثله في

الحطّاب في التنبيه التاسع بالمحل المذكور، ونصه : لا يفيد إقرار البائع بعد البيع بالتعدي ففي كتاب الغصب من المدونة : من باع أمَة... إلخ، ما مرَّ عن الرهوني. وفي نوازل الشريف العلمي عن ابن خجو أنه سئل عمن اشترى أرضا وغرسها ثم قام قائم على البائع وطلبه بملكيتها فعجز. فأجاب : الأرض الموصوفة لمشتريها ممن كان يدعيها وتنسب إليه ولا تخرج عن ملكيته بعجز البائع عن إقامة البينة عليها ولا باعتراف البائع بعد البيع بأنها ليست له، لأنه أقر حينئذ بما لا يملك ويتبع بالثمن إن أقر أنه باع ما لا يملك، والله سبحانه أعلم. (هـ). وذكر العقباني أيضا في جواب له أن كل من أقر بشيء من هبة أو صدقة أو غيرهما بعد البيع فلا يفيد إقراره ولا يعمل به شرعا، والله أعلم. وظهر هذا أن حكم القاضي سدده الله بإخلائها إلى تمام الدعوى لم يصادف محلا، لأنه مبني على أن الثمان آواق لا زالت في ملك المرأة مع أنها خرجت عن ملكها أزيد من أربع سنين والله أعلم. قاله وكتبه المهدي وفقه الله. (هـ).

وسئل العلامة المقدس سيدي محمد المير رحمه الله عمن أشهد لزوجته قيد صحته وجواز أمره أنه أنفذ البيع الصحيح وأمضاه في جميع الجنان الفلاني، واعترف بقبضه منها جميع الثمن، هل يمضي لها ذلك ؟

فأجاب : الذي حققه طفى في حواشيه وارتضاه أن من أشهد في صحته ببيع شيء وقبض ثمنه لا تلحقه فيه تهمة ولا يظن به توليج ولا يحتاج فيه إلى معاينة القبض، والوارث والأجنبي والقريب والبعيد في ذلك سواء، خلاف ما في الحطّاب وابن سلمون، وقد أشار إلى الاعتراض عليهما، فليراجع فيه، والله سبحانه أعلم. (هـ).

وسئل العلامة سيدي محمد بن ابراهيم الدكالي ثم الفاسي عن نازلة عقد الشراء حوله، وذلك أن الأب المذكور كان فيما سلف عن التاريخ، حيث أشير بنحو ستة أعوام اشتراه بخمسة وستين مثقالا، وقاص بائعه بخمسة وثلاثين مثقالا كانت بذمته له، ثم أنفذ بيعه في التاريخ حوله لولده المذكور بخمسين مثقالا في حال صحته وتمام أمره واعترف بقبض ثمنه، وحاز الولد مشتراه، ولم يزل يخدم فيه

بنفسه صنعة الدباغة إلى أن مات الوالد المذكور قبل اليوم بنحو خمسة أشهر عن ورثته، منهم المشتري المذكور، وقد ماتت أمه قديما وتزوج أبوه غيرها، وولدت معه أولادا ذكورا وإناثا، وخلفهم بعد موته صغارا يعلم عادة ميله إليهم، لا لولده المشترى المذكور، لصغرهم وحياة أمهم وموت أم المشتري، فقام عليه الآن من عداه من ورثة الأب المذكور مدعين أن ذلك توليج منه له أو أنه حاباه حيث كان اشتراه الأب بثمن وباعه له بأنقص منه بخمسة عشر مثقالا، وراموا أن يردوه ميراثا أو يأخذوا منه ما وقعت به المحاباة، فنازعهم الولد المذكور في مرامهم، محتجا عليهم بأن كلا من عقد البيع والاعتراف بالقبض وحيازة المبيع الأمد المذكور كان في صحة البائع وتمام أمره، ولا هنالك قرينة تدل على ميل الأب له، بل هناك ما يدل على الميل للأولاد الصغار لوجود أمهم، وبأنه لا محاباة في الثمن، لكون الأب كان أخذ المبيع فيما له على بائعه من الديْن وأكمل له باقيه، وذلك مؤذن باشترائه بأكثر من ثمنه، وبأن الأسواق تزيد وتنقص فيما بين العقدين من السنين المذكورة، فهل القول في ذلك قول الورثة في دعوى التوليج فيه أو في المحاباة فيجري ذلك على ما هو معلوم عند أهل العلم في فروعه، أم القول قول المشتري فيقبل منه ما احتج به من الوجوه، وعليه فيصح ذلك العقد ولا يمين عليه لعدم ثبوت الميل، ويستدل حينئذ على صحة ذلك وأن لا يمين، بمنطوق قول ابن سلمون ومفهومه : فإن ثبت ميل البائع إلى المشتري فيلزم المشتري اليمين، أنه اشترى، الى آخر نصه الذي نقله الشيخ ميارة عند قول اللامية : وميل تحصلا، وسلمه. وكيف الحكم لو فرضنا ثبوت ميل الأب له، فهل يصح العقد ويلزم الاعتراف، لوقوع ذلك في الصحة ولكن مع اليمين كما في نص ابن سلمون المذكور واللامية كذلك ، أم الحكم خلاف ذلك؟ أجيبوا ولكم الأجر والسلام ورحمة الله.

فأجاب : الحمد لله، والله الموفق بمنه. إن البيع المشار إليه صحيح لازم للأب ولورثته من بعده، ولا يمين على الولد ولو ثبتت المحاباة، حيث كان في حال صحة الأب. ففي طرر ابن عات ما نصه : سعيد بن مالك عن بعض شيوخه فيمن باع من ابنه أرضا وأشهد أنه قبض الثمن ولم يحضر المال ولا رآه الشهود، ثم

قام فيه ورثته بعد موته وادعوا التوليج، أنه ماض إذا أقر بالقبض، وكان الابن كبيرا وإن كانت الأرض بيده إلى أن مات. (هـ). بل لو كان البيع في حال مرض موت الأب، وكان فيه محاباة لكان صحيحا أيضا لازما إذا دفع الولد ما حوبي به، وأتمه كما في المعيار عن ابن سراج في جواب له، نصه : بيع الأب من بنته في مرض موته صحيح إذا لم يحاب، ومعنى المحاباة أن يبيع منها بأقل من القيمة، فإن ردت المحاباة وكملت الثمن تم البيع. (هـ).

وسئلت عن امرأة وصية إدعت على المشرف أن الهالك كان ترك رسما على مدين بخمسة عشر مائة ريال، وأن المشرف المذكور ذهب إليه واصطلح معه بأربعمائة ريال دفع لها منها مائة ريال وأشهد عليها بحوز جميع العدة المذكورة وطلبته باليمين، فهل تجب عليه أم لا ؟ مع أن المدة طالت نحو الثمان سنين.

فأجبت : الحمد لله، حيث أقرت المرأة الوصية في تقييد المقال بأن المدعى عليه كان أشهد عليها بحوز جميع العدة المذكورة المدعى بها، ثم قامت الآن تدعي أنها إنما قبضت البعض وأشهد عليها بحوز الكل، فإن دعواها لا تسمع ولا يمين على المشرف المدعى عليه إلا لو قامت عليه الوصية بالقرب. (هـ). وتقدمت قريبا،والله أعلم. وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت عمن استظهر بعد موت أبيه برسم على رجل، فيه لوالده عليه (أي على هذا الرجل)، عشرةُ آلاف ريال ثمن صوف حازها منه بالثمن المذكور، وعلى ظهر الرسم أن هذا المدَّعَى عليه دفع من العدد المذكور ثلاثةَ آلاف ريال إلا مائتين وإثنين وعشرين.

فأجاب المدَّعَى عليه بالإقرار إلا أنه استظهر برسم أيضا فيه أنه اصطلح مع الهالك على أنْ سامحه في تسع عشرة مائة ريال وخمسة ريال وبقي له عليه مثلها برسم الحلول، وفي يده بطائق بخط يد الهالك أنه أبرأ المدَّعَى عليه ولم يبق بينهما مخالطة من ثمن الصوف، لكن شهد الآن أربعةُ عدول أن المدَّعى عليه أقر بعد موت الهالك بأن الدين المذكور لا زال في ذمته سوى ما هو مدفوع بظهر الرسم.

فأجبت : الحمد لله، اتفقت كلمة العلماء أن المكلف إذا أقر طائعا أنه يلزمه إقراره ويؤاخذ به، وأن الاقرار أقوى من قيام البينة ببقاء الحق في ذمة المقر. قال ابن فرحون في تبصرته نقلا عن أبي راشد ما نصه : حقيقةُ الإقرار، الاخبارُ عن أمر يتعلق به حقٌّ للغير، وحكمُه اللزوم، وهو أبلغ من الشهادة. (هـ). وعليه فلا إشكال في أن المقِر المذكور مؤاخَذ بإقراره، وأما الشهود إن كان القاضي أراد أن يلزمهم ذلك بالاقرار هنا، فلا يلزمهم بيان الوقت ولا الشهر الذي أقر فيه المقِر، ولا التصريح بأنه كان بمحضرهم.

أما أولا، فإن شهادة أُولي العلم تُحمَلُ على الكمال من غير سؤال لهم ولو كان في شهادتهم إجمال. قال الشيخ أبو علي بن رحال في الارتفاق نقلا عن ابن رشد ما نصه : فأما الشاهد المبرز في العدالة، العالمُ بما تصح به الشهادة فتجوز شهادته في كل شيء وتزكيتُه وتجريحه، ولا يُسأل عن كيفية علمه بما شهِد بِهِ من ذلك كله إذا أبهمه. (هـ).

وأما ثانيا، فقال التسولي في شرح التحفة : إنهم (أي الشهود) لا يستفسرون عما ليس من فصول الوثيقة كسؤالهم عن وقت الواقعة ومكانها ونحو ذلك مما لا يضر جهله كما يفعله بعض القضاة اليوم، بل ذلك من الفساد كما مر، وإنما استحسنوا ذلك في الزنى والسرقة، بل ذكر شراح خليل عند قوله في القسامة «وإن اختلف شَاهِدَاه بطل...الخ» : إن شهود اللوث لا يلزمهم بيان الزمان والمكان ونحوهما، وإذا كان هذا فيما يوجب القتل فكيف به في غيره. (هـ). ذكره في شهادة اللفيف، فكيف بشهادة العدول، فكيف بشهادة أهل العلم.

وفي جواب لسيدي عبد الكريم اليازغي وافق على صحته الشيخ بنّاني والشيخ التّاودي وسيدي العربي القسمطيني ما نصه :

وأما ما طلبه (أي الخصم) من بيان وقت البيع وعلى أي وجه كان فتشغيب، وسائر فصول الخصام يقضى على المدَّعى عليه بالجواب عنها. (هـ). وقال التسولي أيضا : إن الشاهد إذا شهد بإقرار شخص بدين لغيره مثلا،

فالشهادة تامة اتفاقا، لأنه قد بين فيها مستند علمه، وهذا الاقرار لديه.

وأما ثالثا، فإن طلب الشاهدين بالتصريح بأن الاقرار كان بمحضرهما...الخ، مبنيٌّ على أنه لا يمكن علمه إلا بحضورهما، وذلك مخالف لِلنصوص، لأن طرق العلم لا تنحصر في الحضور، والمطلوب في الشهادة هو العلم بأي شيء حصل فهو كاف. قال الشيخ ميارة في شرح الزقاقية ما نصه :

فرع، عشرة رجال من عوام الناس أو خمسة عشر شهدوا عند عدلين في الأموال والحدود، فقال : العدول تحقق عندنا من هؤلاء صحةُ الشهادة فشهد بها العدول، هل لِلحاكم أن يقبل هذه الشهادة ويحكم بها على من حضر أو غاب، والعوام والعدول والمشهود عليه حاضرون بالبلد. فقال الشيخ أبو القاسم السيوري، والشيخ عبد الحميد الصائغ : لِلحاكم أن يعتمد على ذلك ويحكُم به، وصححه أبو الحسن اللخمي، وخالفهم في ذلك الإمام أبو عبد الله المازري.

وقال الشيخ أبو علي بن رحال في الارتفاق نقلا عن ابن رشد ما نصه : كل من علِم شيئا بوجه من الوجوه التي يقع بها العلم وجب عليه الشهادة به إذا دُعي إليها. وأما الصلح المذكور فقد بينا في غير هذا أنه لا عبرة به بما لا مزيد عليه والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

ونص ما أشار إليه في الصلح الذي بيَّنه في غير هذا هو قوله : وأما ما استظهر به المدين المذكور من رسم الصلح فمختل لا يقبل شرعا من وجوه :

أولها، أن قول الموثق فيه : وقع الفصل التام القاطع لكل حجة وخصام إلى قوله على رسم وخط يد الثاني باعترافه...الخ، مجهول ليس فيه بيان الرسم الذي وقع عليه الصلح ولا بيان خط اليد، فيحتمل أن يكون هو الذي قام به الوارث الآن أو غيره وهو الظاهر، إذ لو أراد هذا لقال : الرسم الذي قدْرُهُ عشرة آلاف ريال من ثمن الصوف المرقوم على ظهره ثلاثة آلاف ريال إلا مائتين وإثنين وعشرين، وعلى خط يد الثاني بالمال الذي قدْرُه كذا وكذا من السلف. وقد صرَّحَ القرافي بأن كلّ مشكوك فيه، ساقط غير معتبَر. وفي نوازل القضاء والشهادات من المعيار ما نصه : ولا يلزم القضاءُ والأحكام بلفظ فيه إشكال وإيهام، وهذا مما لا

يختلف فيه أحد من ذوي الأفهام. (هـ). والصلح بيع فلا بد فيه من بيان أركانه.

ثانيها، على تقْدِير أن الموثق صرح بذلك فهو باطل أيضا لقوله بأن إسقاط الأول عن الثاني تسع عشر مائة ريال وخمس ريالات ونصف ريال واحدٍ بعد المحاسبة، على أن يؤدي الثاني للأول مثل العدة المسقِطة، إذ مقتضاه أن الرسم الأصلي مع خط اليد إنما اشتملا على ثمان وثلاثين مائة ريال وأحد عشر فقط، مع أن الرسم وحده فيه عشرة آلاف ريال. فلو أسقط منه وحده ذلك العدد لبقي ثمانية آلاف ريال إلا خمسة ريال ونصف الريال. تأمله. فإن أُرِيدَ بقوله بعد المحاسبة ما دفع على ظهر الرسم بقي أكثر من العدة المذكورة أيضا، ومن المعلوم أن التناقض مبطل للرسوم.

ثالثها، على تقديرِ أن رسم الصلح سالم من هذين الأمرين، فإن إقراره بعد موت الهالك فيه تكذيب لهذا الصلح، ومن كذب بينته لا ينتفع بها كما هو معلوم، وكيف تكون عنده البراءة من الدين في حياة ربه ويقر ببقائه في ذمته بعد موته. وأما البطائق التي استظهر بها المدين المذكور فغير مفيدة أيضا، لأن في واحدة منها أن رب الدين قال : وصلني ست مائة ريال الباقية لنا بعد الصلح من ثمن الصوف، ففيها تناقض لما قرره في رسم الصلح، لأنه قال فيه على أن يؤدي الثاني لأول مثل العدة المسقطة، فبينهما تنافٍ. وأيضا فإنها معرفة بعدل واحد وهو لا يكفي في تعريف خط الغريم على الراجح. وإذا تقرر هذا علم أن جميع ما بقي في الرسم لازم للمدعَى عليه، فإن لم يسلمه وطلب الإعذار فلا يجاب له إلا بعد إعطاء ضامن بالمال مَرْضي، كما قاله في الزقاقية :

وإن يرد المطلوب دفعا وشبهه فمع ضامن بالمال يرضى فامهلا

وفي المختصر : ومن استمهل الدفع ببينة أمهل بالاجتهاد بكفيل بالمال (أي لثبوت الحق)، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به آمين. (هـ).

الحمد لله، لا يخفى أن المكلف إذا أقر يؤاخذ بإقراره، وأن مدار قَبول الشهادة غلبة ظن الصدق وعدم الاستبعاد، وأن البينة إذا كذبها ربها لا عبرة بها. إذا تقرر هذا فالاقرار الصادر من المدين أعلاه بالعدة المذكورة أعلاه مؤاخذ به

ولازم له شرعا. خليلٌ : يؤاخذ المكلف بلا حِجر بإقراره لأهل لم يكذبه ولم يتهم. وفي التحفة :

ومالِكٌ لأمره أقـر في صحته لأجنبـي اقتُفِـي

وثبوت الإقرار أعلاه يبعد ما أدلى به المقر من البطائق المتضمنة أداء ما بذمته، إذْ كيف تكون ذمته بريئة من الدين ويقر به ؟ وأيضا فإن الخط الذي بالبطائق يقع فيه الغلط واللبس، ولذلك حذر العلماء من التعريف بالخط حسبما ذكره المحشي بناني وغيره. وأيضا رسم الدين الأصلي لا زال قائما، مرقومٌ بمحوله ما دفع الغريم، والباقي لا زال به، وكيف يقضي الغريمُ المال الذي له بال ولا يطلب الرسم، هذا بعيد جدا، سيما والعمل الجاري بفاس إبطال رسم الدين، وكَتْبُ البراءة فيه، وأخذُ المدين نسخة من البراءة حسبما في العمليات وشرحها. وفي الشرح أيضا ما نصه : في المعونة للقاضي عبد الوهاب : إذا كان لرجل على رجل حق ببينة فطالبه المدعِي، كان للمدعَى عليه أن يمنعه حتى يُحْضِر الوثيقة ويسقط شهادة الشهود منها. (هـ). وأيضا في الإقرار المذكورِ تكذيب لما أدلى به المدين المقِر، ومن كذَّب بينته لا يقضى له بها ولا يعتد بها حسبما في التحفة وشروحها. قاله وقيده لسائله الفقير الفاني محمد بن التهامي الوزاني كان الله ولوالديه ولمتعلقاته. (هـ).

الحمد لله كما ينبغي لجلاله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله.

وبعد، فالإقرار صَدْر الملتصق أعلاه لازم للمقِر المذكور، لتوفر أركانه الأربعة المذكورة في كلام أئمة المذهب. ففي المواق أول باب الإقرار ما نصه : البابُ الأول في أركانه، وهِي : المقِر، والمقر له، والمقر به، والصيغة. (هـ). وحقيقة الإقرار كما لابن عرفة أنه «خبرٌ يوجِب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه». (هـ). وفي شرح القاضي اليزناسني على تحفة ابن عاصم ما نصه : ويقضى على المقر بإقراره وهو أقوى من إقامة البينة عليه، لقوله عليه الصلاة والسلام : أحق ما يؤاخذ به المرء إقرارُه على نفسه. قال : وهذا القسم هو الذي تعرض له الناظم فقال :

ومالِـك لأمـره أقـر فِـي صحتـه لأجنبـي اقتـفـي

وفي المواق أيضا عند قول المتن : «يؤاخذ المكلف بلا حِجر بإقراره»، ما نصه :

ابن شاس : المقِر ينقسم إلى مطلَق ومحجور، فالمطلق ينفذ إقراره في كل ما يقر به على نفسه في ماله أو بدونه. (هـ) منه. وفي ابن سلمون ما نصه : وكل ما أقر به المرء على نفسه وهو طائع من عيْن أو عَرْض أو جرح أو مداينة أو ضمان أو شبه ذلك، لازمٌ له. (هـ) منه. وبالجملة فقد أطبق من وقفنا عليه من أئمة المذهب على لزوم الإقرار لصاحبه. وعليه فكل حجة أتى بها لمقر المذكور مما يقتضي براءة ذمته من الدين المقر به فإنه لا يُعَوِّلُ عليها لكون إقراره كذَّب ذلك وأبطله، وهذا من الوضوح بمكان، وليس الخبر كالعِيان، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، وهو حسبنا ونعم الوكيل. وكتبه عبيد ربه تعالى محمد بن عمر السجلماسي لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، فحيث ثبت إقرار المدين لأخي رب الدين بعد موته بزمان بالقدر المسمى قدره في رسم الشهادة ومراودته له بالانتظار والإمهال إلى أجل، فلا يلتفت لما أدلى به (أي المدين) من الصلح معه في حياته، فلا يقبل منه ذلك ولا يسمع، فحجته أوْهَى من خيط العنكبوت، بل إقراره لازم له، كما هو صريح نصوص العلماء أعلاه، ففي جلبهم لها كفايةٌ، ولا حاجة لذكر الشاهد يوم التحمل ولا التعرض له شرعا، وإنما المدار تأخيرُ زمن الإقرار عن حياة المدعَى معه الصلح وهو عين الشهادة في النازلة، وذِكر ذلك إنما يحتاج إليه عند تعارض المؤرخين، ليُعْلَمَ سبب ترجيح إحداهما. وأما موضوعنا فإنما هو ثبوت تأخير الإقرار عن الحياة، فقد حصل، وما جلبه العلماء من النصوص مطابق للنصوص. وبه أفتى، ووافق كاتبه عبيد ربه الحسين بن عبد الرحمان السملالي السوسي لطف الله به آمين. (هـ).

ووقع الجواب عمن أقام بينة عادلة تشهد له بأن فلانا قال لهم قبل تاريخه بست سنين : إن فلانا ولدَ عمِّي القريب يرثني ونرثه، فمن سمع منه ما ذكر على نهج ما سطر أوقع شهادته بما ذكر مسؤولة منه لسائلها في كذا بما

نصه :

الحمد لله، الإرث يَثْبُتُ بالاقرار على الراجح من الخلاف، لأنه قول ابن القاسم في المدونة ونسبَهُ أبو عمر والباجي واللخمي لمالك وجمهورِ أصحابه. وفي المعيار ونوازل البرزلي عن العبدوسي وغيره أنه المعمول به. وقال طفي : المعتمد الإرث، وقال ابن عرفة أيضا : به العمل، لكن قال ابن عرفة في مختصر الحوفي ما نصه :

وعلى القبول، فعلى المقَر له اليمينُ على حقيقة الإقرار، وفاقا لابن العطار وابن مالك، خلافا لابن عتاب وإنكارِه ذلك. (هـ). ونقله الحطاب والله أعلم. وكتب عبد ربه تعالى محمد بن ابراهيم لطف الله به. (هـ). وأفتى فيمن أشهد عدلين أن عاصبه هو فلان يجتمع معه في الأب الرابع فلان بأنه يُقْضَى للمقِر لهم بتعصيب المقر المذكور على الراجح من الخلاف الى آخر، الفتيا أعلاه حرفا بحرف.

وبعده، الحمد لله، ما رسم أعلاه من القضاء للمقر لهم بتعصيب المقر، صحيح حيث لا وارث معروف النسب، وهو قول ابن القاسم في المدونة وغيرها كما لابن رشد، واختاره ابن يونس قائلا : وهذا الاقرار جائز ويجب الميراث للمقر له به ما لم يكن له عاصب غيره معروفُ النسب، ومثله للفشتالي في وثائقه. وحيث ثَبَتَ الارث بالإقرار المجرد فيحلِف المقر لهم كما سطر أعلاه، وهو قول ابن مالك وابن القطان، وابن العطار، على حقيقة الإقرار، ونقله حينئذ عن ابن عرفة في مختصر الحوفي، واللهُ أعلم. وكتب بوبكر الحسني. (هـ).

ووقع الجواب عمّنْ أكرى حانوتا لغيره لمدة معلومة بكراء معلوم، وشهدت عليه بذلك بينة مقصودة للتوثق، فاستظهر الغير برسم بخط يد مالكها أنه كان أكراها له قبل ذلك بما نصه :

الحمد لله، يُقضَى على الزيزي المعتمر بالحانوت المذكورة أعلاه بإخلائها

لمكتريها برادة المذكور، ولا حجة له فيما ادَّعاه من أن مكريها الشريف كان أكراها له قبل عامين، وأعطاه خطّ يده كإقراره يتهم فيه على أنه ندم على الكراء الثابت بالبينة، فهو إقرار على الغير كما في المختصر حيث قال : «لَا بإقرار المالك». نعم إقراره يُقبل على نفسه فيكون الزائد على ما أكراها به أولا لمن أقر لَهُ أنه كان أكراها له أولا وهو الزيزي المذكور، والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم. (هـ).

ووقع الجواب عمن ادَّعت مِلْكية فدان فادَّعى من هو بيده أنها وهبته عليه بما نصه :

الحمد لله، قِيَامُ المقوم عليه في الفدان المذكور حوله بالهبة حيث أشير على وجه الاحتجاج بها على الواهبة حوله، إقرار منه لها بملكها للفدان المذكور ضِمْنا، وهو معْمُولٌ به في الربع كالصريح على القول الصحيح كما في اللامية وغيرها، لأن القائم برسم، قائلٌ بما فيه كما لعياض وغيره، وذلك مُغْن لها عن اثبات ملكها للفدان المذكور أو لبعضه فلا حاجة إلى إثباته وهو ثابت، لأن الهبة إنما تقع من المالك في الغالب، والحكم للغالب منصوصٌ عليه، فلم يبق النظر إلا من حيث صحتها وبطلانها، فإن بطلتْ وهو المعول عليه قضى لها بحقها وبشفعة ما عداه، وإن صحت ولا قائل به في البدوية وجبَ إبعادها عن المقوم عليه والله أعلم. وكتب ـــ مع قلقٍ ـــ عبدُ القادر ابن عُمَيْر وفقه الله بمنه. (هـ).

وفي نوازل الزياتي عن بعض الفقهاء : وأما إقراره لزوجه فلا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يكون مشغوفا بحبها أو يكون معلوم البغض لها أو يجهل حاله معها. ففي الأول لا يصح إقراره إلا بإجازة من الورثة، وفي الثاني يمضي، وفي الثالث، وهو حيث يجهل، فإن ورث كلالة، رُدّ إقراره وإلا فإقراره نافذ، إلا أن تنفرد بالصغير، كذا نقله القلشاني. خليل : «كزوج علم بغضه لها أو جهل». بهرام : وكذلك يؤاخذ الزوج بما أقر به لزوجه إن علم بغضه لها، فإن علِم منه الميل لها لم يجز إقرارُه لها، وإن جهل حاله معها نُظِر، فإن ورث كلالةً لم يجز إقراره لها وهو مفهوم من قوله : وورثه ابن أو بنون، لأن الواو فيه واو الحال، فإن ورث

بولد ذكر وحده، أو بنون فإن إقراره جائز، إلا أن يكون بعضهم صغارا منها أو من غيرها فلا يجوز، وإليه أشار بقوله : «إلا أن تنفرد بالصغير»، وحالُ هذه المرأة إن لم تنفرد بابن صغير فإقراره لها صحيح والله أعلم. وأما ما ادَّعته من الحوائج وأن زوجها وهبهم إياها، فذلك منها إقرار بالمِلك لزوجها وعليها البينة بذلك، فإن عُدمت حلف الورثة من يظن به العلم منهم على خلاف في ذلك. خليل : أو وَهَبته لي أو بعته . بهرام : وهكذا يلزم المقر ما أقر به بقوله : وهبته لي أو بعته لي، لأنه أقر له بالملك أولا، وادَّعى خروجه عنه فلا يصدق، ويحلف المقر له أنه لم يبعه ويأخذه بلا خلاف، وهل يحلف في الهبة أم لا ؟ على قولين. فإذا تقرر هذا فالقول للورثة، وهل بيمين أو بغيرها على قولين. وأما ما ثبت لها من الكالِيء وكذلك ما أقر لها به زوجها فلا تأخذه إلا بيمين، نص على ذلك غيرُ واحد من الأئمة، ولا ينفعها قولُ زوجها : هي مصدِّقة في كل ما تدَّعيه، إذ قد تدَّعي ما ليس لها وتأخذ من ماله ما لا يَعْلَمُ به. (هـ) المراد منه.

وسئل المحقق الزرهوني عن رجل ادَّعى على غيره أنه خدم معه فيما قبل تاريخه بخمسة أعوام في معصرة الزيتون، فأجابه بأنه خدم معه كما قال، وكان يتولى خزن الزيتون وطحْنه لأربابه، وقَبَضَ الأجرة منهم.

فأجاب : الحمد لله، جواب المدَّعَى عليه أعلاه إقرار منه بصحة خدمة المدَّعي معه المدة المعينة في المقال، وهو مستلزِمٌ لكون أجرة خدمته في ذمته فيؤاخذ به، ويلزمه ما استلزمه إقرارُه من ثبوت الأجرة في ذمته، لقولهم : أقر الخصم وارتفع النزاع. وفي خليل : «يؤاخَذُ المكلّف بإقراره بلا حجر»، ولا يخدش فيه زيادته وقبض الأجرة منهم (أي من أرباب الزيتون)، لأنه تعقب بما يوهم أنه رافع حكم ما تضمنه إقرارُه من ترتب أجرة المدَّعي في ذمته، فلا يقبل منه بعد إقراره بأنه خدم معه. ففي خليل : ولزم (أي الإقرار) إن نوكر في ألف من ثمَنِ خمر. قال شارحه ابن عبد الصادق. أي المقر إذا تعقب إقراره بما يوهم أنه رافع حكمه فلا يقبل منه. (هـ). وعليه فالمدَّعى عليه مؤاخذ بما استلزمه إقراره الصريح من كون الأجرة فِي ذمته ولا يبرأ منها إلا بموجِب كما هو ظاهر، والله أعلم. وكتب

محمد العربي الزرهوني وصحّحه الغير. (هـ).

الحمد لله، ما أشهَد به الوالد فلان في الرسم أعلاه من المائة مثقال، لازمٌ له، لأن إقرار الصحيح صحيح على المشهور لا تلحقه فيه تهمة ولا يظن به توليج كما صرح به الحافظ ابن عبد البر وغيره. وقد حرر طفىّ في حواشيه النقل في ذلك وبيّن المعتمَد من كلام أهل المذهب : وما ذكره الوالد من سبب تخليد الدراهم في ذمته من تصيير مال ولده في مصالح نفسه صحيح مترتب بوجه شرعي، موافق للنصوص الفقهية والقواعد المذهبية، وذلك من باب السلف، والسلَف يلزم آداؤه لمسلفه. إذا علمت هذا فما صيره الوالد لولده في الرسم الثاني من الدار في المائة مثقال واقع مَوْقِعَهُ لاستيفائه شروط التصيير من الحوز وغيره مما ذكر في التحفة والعمليات وغيرهما. وصرّح المتيطي بأن المشهور افتقاره للحوز، والله أعلم. وكتب عن إذن محمد العربي القسمطيني الحسني لطف الله به. (هـ).

وبعده، الحمد لله، ما رسم أعلاه من لزوم الدين للمقر بِهِ أعلاه وصحة التصيير حيث أشير، صحيحٌ، والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم.

وبعده، الحمدُ لله، المسطّر أعلاه صحيح. وكتب محمد بنيس كان الله له. (هـ). وفي المعنى ما نصه :

الحمد لله، اعتراف الوالد أعلاه في حال صحته بأن جميع الأصول التي تولّى شراءها ولدُه الحاج محمد وكتبها باسم نفسه هو فيها، مسَلَّمٌ ورافع النزاع عنها، وإنها ملك ابنه، لا شيءَ له فيها لازم له ولورثته بعده، إذ كل ما اعترف به الانسان في صحته لازم له، سواء كان المعترف له قريبا أو بعيدا لا يظن بِهِ فيه توليج ولا ميل ولا غير ذلك حسبما صرح بذلك ابن عبد البر في الكافي، ونقله عنه غير واحد من الأئمة، وسَلَّموه، والله أعلم. وكتب علي بن اويس. (هـ).

وبعده، الحمد لله، ما سطر أعلاه صحيح، واللهُ أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم لطف الله به. (هـ).

وبعده، الحمد لله، ما رسم أعلاه وصحِّح، صحيح. ففي الكافي لابن

عبد البر : «وكل من أقر لوارث أو غير وارث في صحته بشيء من المال أو الدين أو الميراث أو قبض أثمان المبيعات فإقراره عليه جائز لا تلحقه فيه تهمة ولا يظن به توليج، والأجنبي والوارث في ذلك سواء، وكذا القريب والبعيد والعدو والصديق فى الإقرار في الصحة سواء، ولا يحتاج من أقر على نفسه ببيع شيء وقبض ثمنه إلى معاينة قبض الثمن. (هـ) بنقل عبد الباقي عند قول المتن، «ومريض، قائلا : ومفهوم قوله مريض، أن إقرار الصحيح صحيح بلا شرط. (هـ).

والحاصل أن ما ذكروه في إقرار الزوج والزوجة أو بعض الورثة من التفصيل والخلافِ إنما هو في إقرار المريض. أما إقرار الصحيح فصحيح، ولا تهمة فيه ولا تفصيل، أقرّ لمن عُلِم ميله له أم لا، ورِثَ كلالة أم لا، سواءٌ قام المقَر له في صحته أو مرضه أو بعد موته، هذا هو المشهور من المذهب. (هـ). طفىَ، ومثله لابن رحال وتلميذه ابن عبد الصادق قائلا : وذكر ذلك أبو عمر في كافيه، ومثلُه في المفيد وابن سلمون وغير واحد، وسلّموه، وهو قول ابن القاسم في المدونة والعتبية وأنه لَا فرق بين وارث وغيره، ويكون من رأس المال ويحاص به الغرماء. قال ابن الناظم : وبه العمل. وفي النوادر أجمعوا أنه لو أقر لوارث في صحته فلم يقبض ذلك حتى مرض المقِر أن الإقرار ماض إن مات المقِر. (هـ) والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ).

وسئل الشيخ التاودي عمن اشترى دارا باسم نفسه فمكث مدة من نحو عشرة أعوام ثم أشهد أن الدار بينه وبين زوجة له يحبها ويميل إليها على نصفين، فهل إشهاده للزوجة بما ذُكِر لغوٌ فيبطل، وتورث عنه الدار بأجمعها، لأنه يتهم أن يكون قصد بذلك الهبة، وتحيّل لإسقاط الحوز الذي هو شرط فيها، إذ لو كان ما فعله حقا لأشهد به حين الشراء، سيما وله أولاد منها ومن غيرها، وبأن الزوج المذكور لم يزل ساكنها بالدار المذكورة إلى أن توفي فيها.

فأجاب : الحمد لله، إشهاد الزوج لزوجه بملكيتها لِنصف الدار معه بعد أنْ اشتراها باسم نفسه، ومضت المدة المذكورة ثم لم يزَلْ ساكنا بها إلى أن مات،

غيرُ نافع للمرأة ولا مفيد لها في ملكية شيء من نصف الدار المذكورة، وإنما لها من الدار ما ترثُه.

ففي أجوبة ابن رشد أنه **سئل** عن رجل ابتاع ثلثيْ دار وسكنها مع زوجه أزيد من ستة أعوام، ثم اشترى الثلث الباقي لزوجه باسمها وذكر في العقد أن الدار كلها خلصت للزوجة، وأشهد أن ابتياعه للثلثين أولا إنما كان لها وبمالها، وتمادى على السكنى بالدار إلى أن مات وتزوجت الزوجة، ثمَّ ماتتْ فقام ورثتها يطلبون الدار كلها بما تقيد على الزوج من الاعتراف.

فأجاب : لا يصح أن يقبل إقرار الزوج بعد المدة الطويلة في دار اشتراها باسمه أنه إنما اشتراها لزوجه، لأنه يتهم أن يكون وهبَها لها بعد وفاته، والتهمة في ذلك ظاهرة، لما تضمنه الشراء باسم نفسه، فيحمل اعترافه لها على الهبة وتبطل بسكناه في جميعها إلى أن توفي، لأن من اشترى باسمه شيئا، محمولٌ على أنه اشتراه بماله حتى يثبت خلاف ذلك أو يقر به المشتري على نفسه في فور ذلك إقراراً لا تهمة فيه والله أعلم. وتزيد النازلة بما قيل أن الزوج حال اعترافه كان مريضا، وأن قول الشهود بأكمله تلفيف، ويؤيده تاريخ وفاته، فإنها في أقل من شهر، والله سبحانه أعلم. وكتب عبد ربه تعالى محمد التاودي بن سودة تغمده الله برحمته. (هـ).

قلت : ولا مفهوم للزوجة، ولذا قال العلمي في نوازله ما نصه :

قلت : ومعنى هذا أن كل من اشترى شيئا باسم نفسه ثم أشهد أنه نائب في الشراء عن غيره، فإن أشهد بذلك قرب الشراء صدق، وإن لم يشهد بذلك إلا بعد طول المدة فمحمِلُه مَحْمِلُ الهبة إن حيزت عنه في حياته، وقبْلَ مرض موته المتصل بالموت صحت، وإلا فلا، وقاله ابن رشد في الأجوبة. (هـ). ونظمه في العمل الفاسي فقال :

وبالنيابة إذا ما شهد بالقرب أو حيث الشراء انعقد
صحت وبعد الطول صح ما يحاز من قبل تفليس وموت بامتياز

قال شارحه المحقق السجلماسي : جرى في كلام الناظم ذكر القرب والطول، ولم أرَ مَنْ حَدّ في ذلك حدا. غير أن صاحب المعيار لما ذكر فتوى ابن رشد قال ما نصه : قلت : يشبه أن يكون طول المدة هنا سنة أو عشرة أشهر. قلت : ولكن قال العلمي في نوازله ما نصه : ورأيت بخط والدي رحمه الله ناقلا من خط شيخه أبي عبد الله القاضي بمدينة فاس سيدي محمد بن سودة أن القرب في ذلك ستة أشهر. (هـ). ولا يخفى أن هذا هو المعتمَدُ، لأنه نقله جازماً به، غيرَ متردِدٍ فيه، واللهُ أعلم.

وأجاب الشيخ التاودي أيضا عمن أحاطت الديون بماله وأقر في مرضه باستيلاد أَمَته منه بما نصه :

الحمد لله، حيث كان الرجل معدِما أحاطت به الديون وليس هناك ولد لها ولا حمْلٌ ظاهر فالاقرار باطل لا عبرة به. قال ابن رشد : يصدق الرجل في حمل أَمَته أنه منه وإن كَان مستغرق الذمة بالديون. وأما إن قال : ولدت مني ولا ولد معها فلا يصدق، وتباع للغرماء إلا أن يكون قد سمع وفشا أو قاله قبل أن يتداين والله أعلم. وكتب محمد التاودي بن سودة. (هـ).

الحمد لله، إقرار من بيده مِلْك أنه محبس عليه وعلى عقبه من تحبيس غيره على وجهين :

أحدهما أن يكون المحبس، الذي سماه وأقر أنه حبس أجنبيا غير موروث للمقر، والحكم في هذا أن الاقرار مع تسمية المحبس، قائلا : إنما يبطل ويضعف إذا ثبت الملك للمحبس الذي سماه، لأنهُ حينئذ يكون شاهدا، وشهادة الواحد بالحبس لا تجوز.

الوجه الثاني أن يكون المحبس الذي سماه المقر موروثا للمقر وحده أو مع غيره فيصح الاقرار وينفذ في جميعه أو نصيبه منه، ولا يضر تسمية المحبس هاهنا، ولا توجب ضعفا كما صرح به المتيطي أيضا، وهذا هو الذي قيده ابن الحاج بما إذا لم يثبت الملك للموروث المحبس أو للوارث المقِر، فإنْ ثبت الملك فلا يصح الاقرار

حتى يجوز ويخرجه عن يده حسبما في المعيار عنه.

إذ سئل عمن أقر في أملاك بيده أنها حبس عليه وعلى عقبه من قبل أبيه.

فأجاب : إن علم الملك فيها له أو لأبيه فلا ينتفع بالإشهاد فيها حتى يحوزها ويخرجها من يده لأنه يتهم أن يقصد إلى إبطال الحيازة لتبقى يده عليها حتى يموت، وإن جهل ملكها له ولأبيه فإشهاده بالتحبيس جائز حتى يظهر خلافه، مثل أن يظهر في كتاب التحبيس خلاف ما أقر به فينقض الإْقرار ويرجعُ إلى ما في كتاب التحبيس، أو يعرف الملك له ولأبيه فينتقض الاقرار ويكون حكمها حكم الملك. (هـ) بلفظه. ونقله ابن هلال أيضا في الدر النثير، كما أشير له في الجواب أعلاه، والنازلة المتكلم فيها من هذا الوجه. وقد ثبت الملك فيها للمقر المذكور وبقاءُ الدار ملكا لورثته. وأما القبول في هذا الحبس فغير مشترط لذكره في العقب والمرجع، والقبول إنما يشترط في الحبس إذا كان على معَيّن أهلا له كما في المختصر وغيره، والله أعلم. وكتب عبد الله سبحانه محمد الغربي لطف الله به. (هـ).

وبعده، الحمد لله، إقرار جّ محمد قصارة بأن الدار المذكورة حق له حبس عليه وعلى عقبه من تحبيس أبيه، باطل، لأن إقراره بالحبُس فيما ثبت ملكه له يجري مجرى تحبيسه، فإن حصلت فيه الحيازة المعتبرة شرعا صح وإلا بطل كما في نوازل ابْنِ الحاج، ونهاية المتيطي، ونصها على اختصار ابن هارون.

تنبيه : فإن تبين بعد ذلك أن الدار ملك للمقر لم ينفذ التحبيس، إلا أن يكون قد خرج عنها عاما ونحوه وحيزت بما تحاز به الأحباس فتنفذ. (هـ). وهو كاف في حكم النازلة، وهكذا الحكم في الاقرار بغير الحبس كإقرار الرجل بما يعرف ملكه له أنه لغيره حسبما نص عليه ابن رشد في آخر رسم الوصايا من سماع أشهب من كتاب الوصايا، ونصّه : إقرار الرجل في صحته أو مرضه بما يعرف ملكه له من شيء بعينه أنه لفلان وفلان، وارث أو غير وارث، يجري مجرى الهبة والصدقة، ويحل محلها، ويحكم له بحكمها، إن حاز ذلك المقَر له في صحة

المقر جاز له وإلا لم يجز. هذا مما لا اختلاف فيه أحفظه. (هـ). نقله الحطاب، ونحوه في نوازل ابن الحاج أيضا نقله المواق، والله سبحانه أعلم. وكتب عبد الله تعالى محمد المير لطف الله به آمين. (هـ).

ووقع السؤال عمن أقرت في صحتها بأنها هذه مدة من أربعة عشر عاما سَلَفَتْ وهي على مائدة صهرها فلان ينفق عليها من ماله الخاص به ولا زالت على ذلك إلى الآن، هل إقرارها لازم لها ؟

والجواب : أن إقرار المرأة المذكورة بأن صهرها المذكور لم يزل يجري نفقته عليها المدة المذكورة صحيح لا تلحقها فيه تهمة، ولا يظن بها توليج، حيث صدر مِنها ذلك في حال الصحة على المشهور المعمول به، وهي رواية المصريين عن مالك، كما حرره طفي وغيره من شروح المختصر : فللمنفق أن يرجِع عليها بما أنفق وعلى ورثتها من بعدها حيث لم يقصد الصلة. خليل مشبها في الرجوع : «كمنفِقٍ على أجنبي. الزرقاني. أي كبر، فيرجع بما أنفقه غير سرف وإن كان الأجنبي معسراً إلا لصلة أي احتساب، والأصل عدم الصلة، قاله أبو علي في حواشي التحفة. وفي نظمه : كمنفق على كبير مطلقا :

إن لم يكن لصلة فيما شهر　　لحكمة قد وجدت من مقتدر

وكل من يرجع حلفه يجب إن لمْ يكن أشهد، فافهم ما انتخب، وإقرارها أبلغ من قيام البينة بذلك كما لابن رشد، واستظهره البرموي وغيره، والله تعالى أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته وبعده تصحيحات. (هـ).

ووقع الجواب عمن أقر في مرضه لأجنبي بما نصه :

الحمد لله، إقرار المريض مرضا مخوفا لأجنبي غير ملاطف، صحيح معمول به، وإن كان لصديق أو قريب لا يرث فقولان : الجواز مطلقا، والتفصيل بين أن يرثه ولد أو ولد الولد فيصح وإلا فيبطل، هذا الذي حصله ابن رشد حسبما نقله المصنف في التوضيح، وكذا ابن عرفة وأبو الحسن وابن سلمون والحطاب والمواق وصاحب الاتقان عند قول المتحف :

وإن يكن لأجنبي في المرض   غير صديق فهو نافذ الغرض
ولِصديق أو قريب لا يرث   يبطل ممن بكلالة ورث

وقيل: بل يمضي بكل حال...الخ. والقول بالتفصيل هو المشهور، لذا اقتصر عليه خليل في قوله : ومريض إن ورثه ولده أو لملاطف. أبو علي : هذا الشرط إنما هو في الملاطف وما بعده لا في قوله لا بعد، لأن ذلك الاقرار له صحيح مطلقا كما في الشروح، وبينّاه في الشرح غاية، والله الموفق. وكتب محمد العربي الزرهوني. (هـ).

وسئلت عن نازلة شريف من أهل صفرو، كان أهله قاموا على المزوار بفاس وأرادوا عزله ورفعوه للسلطان بفاس، فاستدعاه بعض الناس للمزوار بفاس في هذه المدة، وخاف إن تبعه لفاس يسجنه ويضيّق عليه، فأراد أن يهرب من صفرو إلى الصحراء حتى ينظر ما يحكم الله به، ولم يكن عند المدعي إلا مجرد الدعوى، فلما فر الشريف المذكور من صفرو قبض عليه المدعي المذكور بالقنطرة التي بين صفرو وقلعته، فأقر له الشريف المذكور بخمسين ريالا في ذمته من مخالطة تقدمت بينهما وذهب إلى الصحراء ثم رجع منها بعد عزل المزوار المذكور، فقام هذا المدعي يطلبه بالخمسين ريالا.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بالبينة أن الشريف مولاي علي أعلاه كان خائفا من المزوار وقت الإقرار بالخمسين ريالا فإنه لا يلزمه منها شيء لأنه مُكْرَهٌ على ذلك الإقرار، إذ لو لم يقر بذلك وتبعه للدعوى للحقه من السجن والتضييق به ما لا يكيّف. وقد نص الأئمة على أن الإقرار من المكرَهِ باطل. قال في المختصر بعد أن ذكر أن طلَاق المكْرَه لا يَلزم، ما نصه : وكذا العتق والنكاح والإقرار واليمين، أي مثل الإكراه على الطلاق الاكراه على عتق رقيقه وإنكاح بناته، والإقرار بأن يقول : في ذمته كذا، واليمين بعتق أو غيره. (هـ). وقال الشيخ أبو علي في حاشية التحفة : وإقرار المكرَه لغو، وهو قول خليل عاطفا على ما يلزم في كتاب الطلاق ما نصه : وكذا العتق والنِكاح والإقرار واليمينُ. (هـ). وقال في المختصر أيضا : «يؤاخذ المكلف بإقراره بلا حِجْر. قال الزرقاني : خَرَجَ به (أي بقوله) المكلف، المكرهُ لأنه غير مكلّف. (هـ). وقال الشيخ التاودي على قول

التحفة : ومالِكُ لأمره أقر، أي بالغٌ رشيد غير مكره ولا خائف، لأن هذا لا يملك أمره ولا يلزمه إقرار كما لا يلزم الصبي وَالسفيه. (هـ). وفي **أجوبة** الشيخ التاودي أنه **سئل** عمن أَمَرهُ رجل بطلاق زوجته فطلقها خوفا مما يصيبه مِن قِبله بدعائه لكونه من أبناء الصالحين، ولا سيما مع تخويفه له، فهل يعذر بخوفه ذلك ويصدق ويعد إكراها.

فأجاب : والمطَلِّقُ خوفا من دعوة الفقراء وهو ممن يَعتقد فيهم أن الشر يلحقه إذا لم يسعفهم، لا يلزمه طلاق. (هـ). والنصوص بهذا المعنى كثيرة جدا، وفيما ذكر كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلتُ عن رجلين أقرَّا بسرقة بغلين من فاس، وأنهما أخرجاهما مِنْ أروى هناك، ودخل معهما لاخراجهما من الأروى رجل ثالث، ثم سافر الرجلان المقران بالبغلين لقبيلة بني حسن ولم يسافر معهما الرجل الثالث، وباعا البغلين بالقبيلة المذكورة، واقتسمُوا الثمن بأجمعهم، وأعطوا للثالث أقل منهما لكونه لم يخرج معهما للبيع بالقبيلة المذكورة، ثم ردَّ الْمِقّرانِ ما قبضاه من الثمن لصاحب البغل، ورد الثالث أيضا ما قبضه إلا أنه لم يقر بالسرقة وإنما كان ساكتا وقت الإقرار المذكور، فهل يؤاخذ هذا الثالث بالسكوت والرد من يده مع الأولَيْن، أوْ لَا،لأنه لم يقر بسرقة صريحا ؟

فأجبت : الحمد لله، اختلف العلماءُ في السكوت، هل هو إقرار أم لا ؟ اقتصر ابن فرحون على أنه إقرار ونصّه : الصيغة لفظ وما يقوم مقامه مما يدل على توجه الحق قبل المقر، ولا خفاء بصريح ألفاظه، ويقوم مقام اللفظ الاشارة والكتابة والسكوت. (هـ).

واستظهر ابن رشد أن السكوت ليس بإقرار. قال القاضي أبو عبد الله المقري : اختلف قول ابن القاسم في السكوت على الشيء هل هو إقرار به أو لا ؟ قال ابن رشد : والنفي أظهر، لقوله ﷺ في البِكر : إذنُها صماتها، لأن مقتضاه أن غير البكر بخلافهما، وقد أجمعوا عليه في النكاح فيقاس عليه غيره، إلا أن يعلم بمستقر العادة أن أحدا لا يسكت إلا راضيا فلا يختلف فيه، وعلى هذا ما في

كتاب الأَستحقاق من البيان فيمن بِيعَ متاعه بحضرته، نقله المنجور عند قول صاحب المنهج، وهل كمن أقرّ، ساكتٌ. وقال الحطاب في شرح المختصَر : اختِلف في السكوت، هل هو كالإقرار أم لا ؟ قال في العتبية في رسم العَرِية من سماع عيسى : سُئِلَ عن رجل جاء قوما في مجلس فقال أنا أشْهدكم أن لي على فلان كذا وكذا دينارا، وفلان مع القوم فسكت ولم يقل نعم ولا لا، ولم يسأله الشهود عن شيء، ثم جاء يطلب ذلك قبله فأنكر أن يكون عليه شيء قال : نعَم ذلك لازم إذا سكت ولمْ يقل شيئا. قال ابن رشد : اختلف في السكوت، هَل يعد إذنا في الشيء وإقراراً به على قولين مشهورين في المذهب منصوصٍ عليهما لابن القاسم في غير ما موضع من كتبه : أحدهما، أنه إذْن، والثاني ليس بإذن. وأظهَرُ القولين أنه ليس بإذن إلا أن يعلم بمستقر العادة أن أحدا لا يسكت عليه إلا برضى منه فلا يختلف في أن السكوت عليه إقرار به كالذي يَرَى حمل امرأته فيسكت ولا ينكره ثم ينكره بعد ذلك، وما أشبه ذلك. (هـ). فظهر من هذه النقول أن الرجل المذكور مقر بالسرقة قطعا، لأنه يَعلم عادة أن كل من نُسِبَتْ له السرقة ولا سيما بمحضر العدول فإنه ينكرها ويبالغ في ذلك ولا يسكت عنها إلا برضىً منه بها، فهذه الصورة من أفراد قول ابن رشد : إلا أن يعلم بِمستقر العادة إلى قوله : فلا يختلف في أن السكوت عليه إقرار به، ويؤيده بالدراهم من يده، فهي قرينة ظاهرة كادت أن تبلغ مبلغَ القطع. وقد عقد ابن فرحون في تبصرته بابا للقضاء بشهادة القرائن، فانظره، ويُؤيده أيضا قول الحطاب على قول المختصر : ويُقتَلُ الجميع بواحِدٍ، ما نصُّه : ولو كان المباشِر للقتل واحدا منهم أو كان عينا لهم، وهذا مذهب ابن القاسم، خلافا لأشهب. (هـ). ويؤيده أيضا قول المختصَر : وضمن مَارٌّ امكنته ذكاته وترك كترك تخليص مستهلك من نفس أو مال، وهذا كله ظاهر جدا، والله أعلم. قاله وكتبه عبيد ربه تعالى المهدي لطف الله به آمين.

وسئلت عمن أشهد أنه حاز ما وجب له من التركة، وأنه لم يبق له مطلب من الميراث المذكور بوجه ولا بحال، طال الزمان أو قصر عدا واجبه من

الأروى والدار، فلا زال على واجبه فيهما لم يشمله الإبراء، ثم قام بعد ذلك وادعى أنه بقي حظه في الحمام، وفي حوائج أخرى من التركة، فهل تسمع دعواه أم لا ؟

فأجبت : الحمد لله، لا تُسْمع دعوى المدعي المذكور وَلا يُلتفت إليها ولا تقبل منه بوجه إلّا في حظه في الأروى والدار، هذا الذي دلت عليه نصوص الأئمة. قال في المختصر : وإن ابرأ فُلاناً مما له قِبَلَه أو من كل حق، أو ابرأه برءاً مطلقا فلا تقبل دعواه وإن بِصَكٍّ. وقرره الحطاب بما في النوادر عن ابن سحنون، ونصُّهُ : ومن أقر أنه لا حق له قِبل فُلان فهو جائز عليه، وفُلان برىء في إجماعنا من كل قليل أو كثير، ديْن أو وديعة أو عارية أو كفالة أو غصْب أو قرض أو قِراض أو إجارة أو غير ذلك. ثم قال : ولو قال غلِطت في الحساب فليس له أن يحلفه، وإلا ما نفعت براءة ولا انقطعت معاملة. (هـ). ونقل أيضا عن ابن رشد أنه إذا كان تاريخ الإبراء بعد تاريخ الحق الذي يقوم به الآخَر. فلا خلاف في أعمال الابراء وإن جهل تقدمه أو تأخره، لعدم تاريخهما أو تاريخ أحدهما دون الآخر، فالمشهور كذلك أيضا. (هـ). ثم قال في التنبيه الأول : وما ذكره ابن رشد والمصنف مِنْ أنه لا تقبل دعواه بعد البراءة هو المعروف من المذهب، وما ذكره ابن عات في ترجمة مباراة الوصي فهو بعيد. (هـ).

وفي نوازل سيدي عيسى السجستاني أنه **سئل** عن رجل تبارأ مع إخوته في كل دعوى، ثم اطلع على دين كان لوالده على بعضهم وهو لم يعلم به يوم المباراة، هل يدخل في المباراة وإن لم يعلم به أم لا ؟

فأجاب : إن العمل على إعمال الإبراء لعمومه. (هـ). وفي هذا القدر كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي وفقه الله.

وسئلت عن رجل أشهد أنه سلم البيع الذي باعه مقدَّمُ موروثه فُلان لزينة الحَمام بالثمن المذكور بزمام التركة تسليما تاما ولم يبق له فيه نزاع ولا خصام ولا كلام بوجه ولا بحال، ثم قام الآن ينازِعُ المشتري المذكور في زينة الحمام المذكورة قائلا : إنه استولى على الزينة من غير موجب.

فأجبت : الحمد لله، حيث أشهد على نفسه أنه سلّم البيع ولم يبق له فيه نزاع، فدعواه الآن أن المشتري استولى عليها من غير موجب، باطلةٌ، وحجته داحضة، لأن تسليمه للبيع المذكور بالثمن المذكور لازم له لا يفيد الآن رجوعُه فيه شيئا. قال في المختصر : «يؤاخذ المكلّف بإقراره بلا حِجر، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئِل الشيخ الرهوني عن امرأة أشهدت في حال الكمال أن لزوجها فُلان الربع الواحد من دارِها ملكا، وأبرأته من كل حق لها قِبَله عدا ديْن كذا وكذا، ثم أوصت في مرض موتها بثلث مالها كله لامرأة أجنبية وبعتق أمَتها فُلانة المتزوج بها ولدها فُلان، وماتت عن زوجها وولدها المذكور لا غير، فادعى ولدها أن لها بذمة زوجها المذكور ديونا برسومها، وأن ربُعَ الدار الذي أشهدت به له كان صيرو لها في بعض دَيْنها عليه قبل الاشهاد، وأن الأمَة زوجه تخرج حرة بنفس عقده النكاح عليها، لأنه هو الوارث لمالكتها أو يقدم عتقها على الثلث إن لم يصح له هذا، وقد ضاق الثلث عما أوصت به أمه، أيسمع له دعواه ويقضى له بما استظهر به عليها أم لا ؟ وهل تُحَاصُّ ذاتُ الثلث الأمَة إن لم يفضل عن عتقها شيء أم لا شيء لها معها إلا إذا فضلت فضلة عن عتِقها، جوابا شافيا. (هـ).

فأجاب : الحمد لله، إن كان الإبراء والإقرار في الصحة فَهُمَا صحيحان، وكل رسم تقدم التاريخ وسبق على الإبراء لا عمل عليه إلا ما استثنته، ولا يضر كون ربع الدار كان مصيراً لها من قبله، إذ غاية ذلك أنَّهُ إقرار منها بما يعرف ملكه لها، ومحمله محمِل الهبة، وهبة زوجة دار سكناها لزوجها صحيحة، ولا تعتق الأمَة بتزويج ابن سيدتها إياها وإنما تعتق بوصيتها، وتقدم على الوصية بالثلث، والله أعلم. (هـ).

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصه : الحمد لله، في شرح الحطاب لقول خليل : «وان ابرأ فلانا»، نقلا عن ابن رشد، ما نصه : إذا كان تاريخ الإبراء بعد تاريخ الحق الذي يقوم به الآخر فلا خلاف في إعمال الإبراء وإن جهل

تقدمه وتأخره لعدم تاريخهما أو تاريخ أحدهما دون الآخر فالمشهور كذلك أيضا. (هـ). ثم قال في التنبيه الأول : ما ذكره ابن رشد والمصنف من أنه لا تُقْبَل دعواه بعد البراءة هو المعروف من المذهب، وما ذكره ابن عات في ترجمة مبارأة الوصي فهو بعيد. (هـ). وإذا تقرر هذا فنقول : حيث تحاسب رب الدين مع الغرماء حوله، وذكر أنه لم يبق له عليهم لا ما قل ولا ما جل، ثم قام الآن يدعي خلاف ذلك فلا عبرة بقوله، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

الحمد لله، حيث ثبت بالبينة الشرعية أنه لم يبقَ للمدعي قِبل المدعى عليهم لا ما قلّ ولا ما جلّ سوى ما اشتثنى كان ذلك إبراء لذمهم، ولا التفات لمن ادعى خلاف ما تضمنه الإشهاد المذكور، حسبما ذكره الونشريسي في الفائق نقلا عن الشيخ ابن عطية الونشريسي قائلا : مَن ادعى خلاف ما تضمنه الرسم لا يلتفت اليه، ولا اعتدادَ بكلامه، وإلا لم يبق فائدة لشهادة الشهود، وذلك واضح. قاله وقيده محمد بن التهامي الوزاني كان الله له.

الحمد لله، بعد إشهاد رب الدين على نفسه أنه لم يبق له سوى العدة المستثناة، وذلك بعد المحاسبة، فلا يسمع له كلام بعدُ أصلا، ولو ادعى أن له بينة لم يعلمها أو نسيها، لأن هذا ليس بصلح حتى يأتي فيه قول خليل : «فلو أقر بعده أو شهدت بينة لم يعلمها»، بل هذا إنما ينبني على الحساب والتحقيق والاقرار على نفسه أنه لم يبق له سوى ما ذكر، فلا التفات لما يقوله أصلا، والله أعلم. قاله وكتبه عبد السلام بن محمد الهواري لطف الله به.

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصه : الحمد لله، حيث تبارأ المسلم والذمي في جميع الدعاوي كُلها والتباعات بأسرها، ثم قام الآن الذمي يطلب المسلم برسم دين تاريخه قبل الابراء فلا تُسمع دعواه اتفاقا، وإلا لم يكن للإبراء فائدة. وأما الكلام المسطر حوله فليس بشيء، وهو والعدَم سواء. وبيان ذلك أن قول الأول منهما : جرى العمل بفاس بتبطيل رسم الدين وإبقائه بيد صاحبه، باطل، لِأنَّ العملَ المذكور، محله عند تنازع الخصمين كما نقل المحقق السجلماسي وغيره عن ابن عبد السلام في شرح قوله : وآثروا إبطال رسم الدين. وأما إن لم

يقع بينهما تنازع فلا عمل أصلا، ونصه :

قال في المعيار : **سئل** ابن عبد السلام عمن كان عليه حق بصك وتنازع المِدْيَانُ مع رب الدين في تقطيعه أو تبطيله وبقائه عند ربه، فما الذي عليه العمل ؟

فأجاب : الذي عليه العمل عندنا تبطيله لا تقطيعه، إلى أن قال عن ابن رحال : ما ذكره ابن عبد السلام هو الذي عليه عمل فاس. فأنت ترى محل العمل إذا تنازعا وقت الدفع. أما إن لم يقع تنازع بينهما كما هنا فلم يشترط أحد من العلماء أن يكون الإبراء على رسم الدين. وبالجملة فقول المُسْلِم يؤيّد بالبينة الشرعية، وإنكار الذمي لا دليلَ عليه شرعا، فكيف يُسمع قوله ويلتفت إليه مع أن فيه تكذيبَ العدلين والقاضي أيضا، إنَّ هذا لعظيم، ولو سُلِّم أن العادة كَتْبُ الابراء على رسم الدين،فمحلها في غير اليهود لأنهم كثيرا ما يقبضون الديْن ويمتنعون من كتابته على الرسوم. وإذا دُعُوا إلى الحكام تمردوا، ولا سيما إذا حل الأجل ولم يحضر المدين إلا بعض الديْن فيخوفونه بالسجن حتى يسكت، ومنهم من يوهم أنه كتب المدفوع على الرسم وهو كاذب، ومنهم من يحضر رسما ويقطعه، فإذا طالت المدة أظهر الرسم باقيا على حاله فيتخلص في الرسم مرتين أو أكثر، وهذا أمر شائع ذائِع، وهو واقع الآن فلا ينكر، وعليه فدعوى الذمي هنا كاذبة، سيما وقد حكم فيها قاض آخر بأنها باطلة، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت عن رجل وكّل رجلا يقبض له كراء فندقين فصار يقبضه ويوجه به اليه مدة من نحو أحد عشر عاما، وفي كل مرة يوجه الحساب بخط يده ويذكرَ ما دخل عليه من الكراء وما خرج من يده، ويقتطع من الدَّاخل في كل شهر أجرة القابضِ خمسة ريال في كل مائة إلى الآن، عزله الموكّل وولى غيره على قبض كراء الفندقين المذكورين، فقام يطلب أجرة وكالته على القبض في هذه المدة من أولها الى آخرها خمسة ريال أخرى في كل مائة، زاعما أن الخمسة التي كان يقتطعها إنما هي أجرة القابض الذي كان يقبض له، أما هو فلم يقبض شيئا ولا زال يطلب أجرته،

فهل له شيء مما طلب من الأجرة أو لا، لأنه مقِر بخط يده أنه قبضها، فكيف تجب له الْأُجْرَةُ مرتين على القبض، ولأن الموكل المذكور لم يأْذَن له في جعل قابض تحت يده، ولأنه لم يدّع شيئا طول هذه المدة مما قاله الآن، ولو كان ما قاله حقا لاقتطع الأجرة التي قالها الآن في الحساب الأول أو الذي بعده، ولأنه أراد إحراج الموكل وإعْناتَه حيث عزَله من قبض الكراء له وأبدله بغيرِه، جوابا تؤجَرُون عليه، والسلام.

فأجبت : الحمد لله، لا أجرةَ للوكيل المذكور بحال، وطلَبُهُ لها إنما هو من دعاوي الفجور والمحال، لأن كل حساب وقع بينهما في تلك المدة فهو إبراء عما سلف قبله. ومعلوم أن كل من ادعى بعد الابراء أنه بقي له عند صاحبه بقية أو أجرة أو نحو ذلك فإن دعواه لا تُسمع، وحجحه على ذلك باطلة لا تَنفع، لقول صاحب المختصر تبعا لأهل المذهب : «وإن ابرأ فلانا مما له قِبَلَه أو من كل حق، أو أبرأه بَرِئً مطلقا. وقال في البهجة : لو قال العامل (أي عامل القراض) بعد المقاسمة ودفع الربح لربه، أنفقت من مالي ونسيت الرجوع به قبل القسمة أو نسيت الرجوع بالزكاة ونحو ذلك، فإنه لا يصدق، بمنزلة من ادعى المغالطة بعد المحاسبة. قاله ابن يونس وابن رشد. البرزلي : وسواء قام بالقرب أو بعد طول وهو الصواب، بخلاف الجمال يدفع الحمولة ثم يطلب الكراء بالقرب. (هـ). وكذلك الوصي يحاسب نفسه، ثم بعد ذلك يدعي أنه غلط في الحساب وأنه نسيَ أجرته ونحو ذلك فإنه لا يصدق قياسا على مسألة القراض، قاله العبدوسي. (هـ). وقال ابن غازي على قول المختصر : «فلا تُقبل دعواه وإن بصك إلا ببينةٍ أنه بعده»، ما نصه : قالَ ابن رشد : إذا كان ذكر الحق الذي يقوم به الطالب قبل البراءة فالقول قول المطلوب أنه قد دخل في البراءة فلا اختلاف، لأن الحقوق إذا كانت لرجل على رجل بتواريخ مختلفة فالبراءة من شيء منها دليل على البراءة مما قبله، وهذا نحو قولهم فيمن اكترى داره مشاهرة أو مسانهة : أن دفع كراء سنة أو شهر براءة للدافع مما قبل ذلك. فانظر كيف جعل مجرد دفع كراء السنة أو الشهر براءة عما تقدمهما، فكذلك يقال هنا : إن حساب كل مرة براءة عما قبلها، ومعلوم

أن من ادعى حقا بقي له على خصمه بعد البراءة منه والحساب، أنه لا تسمع دعواه كما قال في الزقاقية :

ومن في حساب يدعي غلطا مع الغريم بُعَيْدَ الكتب وهو يقول لا

فليس له إحلافه...الخ. فهذه كلها نصوص قوية مفيدة، أن هذا المدعِي لا حق له على المدعَى عليه، والغالب على الظن أن الذي حمله على هذه الدعوى هو العزل عن القبض فيخسى الذي للغي يبغي توصلا، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

ووقع السؤال عمن ادعى على ابن عمه بأنه يسأله واجبه من كراء أروى بينهما هي بيد المدعى عليه مدة من ستة أعوام، فأجابه المدعى عليه بأنه قبض جميع واجبه في هذه المدة ممن كان يخدم بالطراز المحمول على هذه الأروى، فقال المدعي : إنما قبضت كراء العشرة الأشهر الأخيرة ممن كان يخدم بهذا الطراز، وأما ما قبل هذه المدة فَلَمْ يقبضه لكون الطراز كان فارغا لا يخدم فيه أحد.

والجواب : الحمد لله، حيث أقر المدعِي بقبض كراء العشرة الأشهر الأخيرة، كان قوله أنه لم يقبض المدة التي قبلها غيرَ مقبول، لأن قبض شهر مثلا هو إبراء لما قبله من الشهور، وقبْضُ سَنَةٍ هو إبراء لما قبلها من السنين حسبما نص على ذلك ابن رشد، ونقله غير واحد مسلّما. قال ابن غازي في شفاء الغليل على قول خليل : «فلا تقبل دعواه وإن بصك إلا ببينة أنه بعده» ما نصه : قال ابن رشد : إذ كان ذِكر الحق الذي يقوم به الطالب قبل البراءة، فالقول قول المطلوب أنه قد دخل في البراءة بلا اختلاف، لأن الحقوق إذا كانت لرجل على رجل بتواريخ مختلفة فالبراءة من شيء منها دليل على البراءة مما قبله، وهذا نحو قولهم فيمن اكترى داره مشاهرة أو مسانهة : إن دفع كراء سنة أو شهر براءة للدافع مما قبْلَ ذلك. فأُنظر كيف جعل مجرد دفع كراء السنة أو الشهر براءة عما تقدمهما، فكذلك يقال هنا : إن إقرار المدعى عليه بقبض العشرة الأشهر الأخيرة براءة من جميع ما قبلها. وقال في البهجة عند قول التحفة :

كذاك إنّ بعضَ الكراء قدّما   فقدْرُهُ من الكـراء لزمـا

ما نصه،

الثالث (أي من التنبيهات). قال ابن رشد : من اكترى دارا مشاهرة، فنص في الوثيقة أو غيرها على دفع كراءِ شهر معيَّن، فذلك براءة للدافع مما قبل ذلك، لأن البراءة من شيء تقتضي البراءة مما قبله. (هـ). ونقله غير واحد. ولّما نقله في الالتزامات قال : ومثله يقال في الإشهاد على مستحق وقف بوصول معلوم سنة أو شهر أنه شاهد للدافع بوصول ما قبل ذلك. (هـ). وقال أيضا عند قولها : والقول في القبض وفي الجنس... البيت، ما نصه : وأما إذا اختلفا في القبض فإنه ينظر للقرب والبعد، فإن كان الكراء مشاهرة أو مسانهة ودُفِع ببينة كراء شهر معين أو سنة معينة فذلك براءة لما قبل ذلك من الشهور والسنين كما مر. (هـ). وأيضا دعواه أنه لم يقبض الكراء أزيد من خمسة أعوام من الدَّعاوي التي تكذبها العادة لما بينهما من كثرة التشاح وقلة الصبر، ولو في الشيء التافه وعدم المسامحة بالكلية، فلا يسكت عن طلبه ولو شهرا. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عن امرأة مطلقة مات زوجها فادعت على الورثة بإرثها خمسة ريال على زوجها المطلّق من السلف، فأعطوها لها وأشهدوا عليها التوصل بها، وأنها ابرأت ورثة الزوج المذكور من جميع المطالب كلها والتباعات بأسرها، أسباب الزوجية وغيرها بالإبراء التام، ثم إنها قامت تدعي الآن أن لها على الهالك ديْنا آخر من نفقتها على ولده أربعة أعوام، فهل يسمع كلامها بعد هذا الابراء وقسم التركة وهي حاضرة لم تدّع شيئا أو لا ؟

فأجبت : الحمد لله، لا يقبل قول المرأة ولا تسمع دعواها بعد الابراء المذكور اتفاقا لقول الموثق، أسباب الزوجية وغيرها، فدعوى الفرض المذكور داخلة في ذلك الابراء قطعا حسبما نص عليه شراح الزقاقية عند قولها :

وَإنْ عمم الإبراء والخلع سابق   فقصر وتعميم جميعا تأهلا

ولا مفهوم للخلع، بل المراد أنه وقع في الوثيقة أولا تخصيص ثم وقع في آخرها تعميم كهذه. قال ميارة نقلا عن بعضهم : وهذا الخِلاف إذا لم ينص على التعميم كقوله أسباب الزوجية وغيرها، فيتفق حينئذ على التعميم، والله سبحانه أعلم. (هـ). ومثله للشيخ التاودي أيضا وابن عبد السلام بناني، ونصه : فإن وجدت قرينة التعميم فأولى، باعتبار العموم قولا واحدا كنصه على عموم أسباب الزوجية وغيرها. (هـ). والورزازي أيضا، ونصه : قال بعض الأئمة : وهذا هو الخلاف إذا لم ينص على التعميم، فإن نص عليه كأن يقول : أسباب الزوجية وغيرها فيتفق حينئذ على التعميم. (هـ) والله أعلم. وكتبه المهدي لطف الله به.

وأجبت عما يفهم من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله، حيث ثبت رشد ابن ناصر الحلو بجماعة وافرة من اللفيف والعدولِ في رجب عام ستة، وأطلقه وصيه أخوه من الحِجر في ربيع الثاني عام سبعة، وعرض عليه الصّائر الذي صيره عليه وما دخل في يده وعِلمه، وسلمه في ذلك الوقت وتبارَءا فيه إلى أن مضى لذلك نحو العشرين عاما، ثم قام الآن ابنُ ناصر المذكور يطلب مراجعة الحساب، فإن دعواه لا تسمع شرعا ولا يلتفت إليها قطعا.

أما أولا، فإن سكوت المحجور سنة بعد الرشد يوجب الغاء قوله، فكيف بمرور السنين الطوال بعد رشده، وهذا أمر لا يخفى على أصاغر الولدان، فضلا عمن له بالنوازل بصيرة وعرفان.

قال في الدر النثير بعد أن تكلم على مسألة من التصيير ما نصه :

وأشبهُ شيءٍ بهذه المسألة عندي ــ والله أعلمُ ــ مسألةُ المحجور يلي أمر نفسه بعد تفويته ماله، وقلنا إن له ردّه وهو المنصوص لمالك رضي الله عنه في النوادر، ونقله ابن سهل، خلافا لابن الماجشون نقله عنه ابن محرز. قال مالك : فيكون له الرد ما لم يتركه بعد أن يليَ نفسه بما يعلم أنه رِضىً، وقد نصوا على أن السكوت عن رد المبيع بالعيب من غير مانع ينّزلُ منزلة النطق برضاه به، وقالوا في

المحجور يتزوج من غير إذن من وليه ومات بعد أن علم ولم يرد نكاحه، بل سكت مدة تقتضي رضاه مع تمكنه من رده، فإن ذلك إمضاء منه وتجويز، فاعرفه. (هـ). وفي جواب للشيخ الرهوني ما نصه :

وقد سئِلَ أبو الحسن عن أبٍ باع جنانا مشتركا بينه وبين ابنته من رجل، وشهد على البنت أنها سلمت، ثم ثبت أنها لم تكن إذ ذاك خرجت عن ولايته، وأنه باع لغير مصلحة.

فأجاب بما نص المحتاج اليه منه : وإذا تقرر هذا فللمسَلّمة نقض البيع في حصتها وأخذ سائر المبيع بالشفعة إذا قامت بقرب خروجها من حِجْر أبيها بأقلّ من العام. (هـ). ثم قال : وفي المجالس مثلُ ما تقدم عن أبي الحسن، إن سكت العام مضى، ومثْلُه في ابن سلمون سواء. (هـ). وفي نوازل الشريف العلمي ما نصه : وأجاب قاضي الجماعة شيخنا المجّاصي : إن سكوت المنوب عنها بعد الرشد وما يقوم مقامه على المشتري السنةَ فأكثر عن القيام بالغبن، قاطعُ بحجتها حيث لا مانع. وقالوا في المضغوط الذي بيع ماله، إذا زال الضغط وسكت سنة : إن البيع لازم له، ولا يكون هذا المرشد هُنا أسوأ حالا منه. وقالوا فيمن بيع عليه ماله وهو غائب : إذا حضر وسكت عاما يلزمه البيع، إلى غير ذلك مما يطول.

وفي نوازل الشريف العلمي أيضا : سئل سيدي يحيى السراج عمن حضر القسمة مع شركائِهِ وطال سكوتُهُ بعد القسمة نحو عشرين عاما، ثم قام واعتل بالحياء من أصهاره الذين معهم الارض.

فأجاب : لا ينفعه ما ادعاه من الحياء، لأنه لما وقعت القسمة وبقي ساكتا المدة المذكورة سقطت حجته ولم تعتبر دعواه.

قلت : قال ابن سلمون : إذا اجتمع الشركاء في القسم وقعد أحدهم وقسم الباقون وعرف قسمته فسكت ولم يقم بقرب ذلك لزمه القسم ومضى عليه. (هـ). ونقل ابن سلمون، قال مطرف : من أُحدِث في ماله بيعٌ أو هبة أو مقاسمة، وصاحِبُ المال حاضر يعلم ذلك، ولا يغير ولا ينكِر فلا حقّ له في ذلك

إلا أن يقوم بحدثان ذلك فإنه يرجع على حقه ويرد ما كان فيه من بيع أو صدقة أو غير ذلك من جميع الأحداث، فإن ترك حتى طال ذلك فلا حق له ولا حجة لا فيما بيع من ذلك ولا في ثمنه ولا فيما وهب ولا فيما أصدق به النساء. (هـ). قال الشريف العلمي بعد نقله : قلت : فقد علم أن من قسم ماله وسكت زمنا طويلا يبطل حقه، سواء أخرجوا له حظه أو لم يخرجوا له شيئا، لأن سكوتَه إقرار لهم على القسم وتسليمٌ في حقه. (هـ).

وأما ثانيا، فإن إبراء المرشَّد للوصي من جميع الدَّعاوي لازم له ولو في فور إطلاقه من الحجر كما هنا. ففي جواب لأبي الحسن نقله في الدر النثير ما نصه : وأجاب بأن بيعه جائز، وإن باع بقرب الاطلاق، إذ لا يطلق حتى يتجه إطلاقه، وإذا أطلقه جازت أفعاله وإن وقعت بقرب الاطلاق كما تقدم، ولا تقل حتى تطول المدة، لأنا نقول : إن كان مخافة أن يصدر منه التبذير فهو مصادم والسلام.

قلت : كما إذا دفع إليه الوصي ماله بعد إطلاقه إياه فأبرأه وأسقط عنه الدَّعاوي فإنه يلزمه ما أشهد به على نفسه. قال في الوثائق المجموعة : ولا قيام له فيه إلا أن يثبت أنه كان في حين إطلاق الوصي بحال سفه فيرجع إلى الولاية. وقال في الدر النثير أيضا بعد كلام في المسألة ما نصه :

قلت : صريح جوابه رحمه الله عن المسألة الأولى، وظاهر جوابه عن الثانية، صحة بيعه مطلقا، سواء باع بقرب الاطلاق أو بعده، كما إذا دفعَ إليه الوصي ماله بعد إطلاقه إياه فأبرأه وأسقط عنه الدَّعاوي فإنه يلزمه ما أشهد به على نفسه. ابن العطار : إن دفع إليه الوصيُّ ماله، وعقد ذلك في كتاب الإطلاق، جاز، ولا قيام له فيما يبرئه من قبض ماله وقطعه الدَّعوى عنه. ابْنُ الهندي : لا يصلح أن تكون مصالحته إياه في كتاب الإطلاق ولا في فوره وحرارته وقربه حتى يمضي لذلك وقت، لئلا يتهم أن إطلاقه إنما كان على أن يبرئه المحجور ويقطع دعواه عنه. وقال في الوثائق المجموعة والمتيطية : له ذلك. (هـ) منه. فأنت تراه إنما حكى كلام ابن الهندي مقابلا، ثم أتبعه بكلام الوثائق المجموعة والمتيطيه بخلافه، وذلك يدل على ضعفه، والله أعلم.

وأما ثالثا، فإن الابراء هنا من التركة لم يقعِ على العموم، بل في أمور معينة مخصوصة مسمّاة كل حاجة باسمها، وهذا لازم بِلا خلافٍ ولو وقع بالقرب، وإنما الخلاف في الإبراء العام بقرب الرشد.

قال البرزلي في آخر مسائل الوكالات : مسألة : لا يجوز للوصي أن يبرىء عن المحجور البراءة العامة، وإنما يبرىء عنه في المعيّنات، وكذلك المحجور بقرب رشده لا يبرئه إلا من المعينات، ولا تنفعه البراءة العامة حتى يطول رشده كستة أشهر فأكثر، ونص عليه المتيطي. (هـ). ومثله في الحطاب والخرشي. فأنت تراهم صرَّحوا بأن الإبراء من المعينات لازم قرب الرشد، ولم يحكوا في ذلك خلافا، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وأجبت ــ عمن أقر بأنه قبض مال المحاجير أولَادِ أخيه وأوصله لأبيه الذي هو الوصي عليهم بلا وكالة منه على القبض، ومات أبوه الذي هو الوصي ولم يوجد هذا المال المقبوض وهو كثير، بما نصه :

الحمد لله، حيث أقر المدعى عليه بقبض مال المحاجير، وأقر أيضا أنه لم يكن وكيلا عن والده، وزعم أنه أوصل المال الذي قبضه لوالده ولم يأت على ذلك ببينة، فلا إشكال في ضمان ما قبضه، إذ لا خلاف بين الأئمة أن المكلف يؤاخذ بإقراره وهو أقوى من قيام البينة. وأما زعمه أنه أوصله لوالده في حياته فَمُجرد دعوى منه تحتاج للبينة التي تصدقها، لا سيما وهذا المال لم يوجد منه شيء بزمام التركة مع جواب المدعى عليه في المقال بأنه أغفل إدخاله في زمام التركة بالاقرار. الحاصل أن ما قبضه المدعى عليه يلزمه غرمه بلا كلام، لكونه قبضه تحاملا وتجاسرا.

فقد سئل شيخ الشيوخ أبو سعيد ابن لب رحمه الله، كما نقله شراح التحفة قاطبة عن رجل قبض ميراث زوجته في أبيها ثم توفي.

فأجاب : إن كان الزوج مات بحدثان القبض فذلك لازم في تركته بعد يمين القضاء، وإن كان بعد الشهر ونحوه حمِل على أنه قد دفع ما قبض، وهذا إذا

كان القبض بإذن الزوجة، فإن كان تجاسُراً وَتحاملا عليها فهو في ماله وتركته. (هـ) تأمله. هذا وقول من قال من المفتين : إن الأب هو الذي قبض تلك العِدة بواسطة ولده، كلام غير محرر. وكذلك قوله : دليل وكالته أن قبضه كان برسم الديْن، لا دلالة في ذلك على الوكالة شرعا أصلا، لما ذكره هو بنفسه من أن وجود الرسم بيده أعم، وقوله مما يدل عليه عرفا دفع الصك لمن يقبض ما به...الخ، لن يثبت ببينة أن الوالد دفع الرسم للولد وأمره بقبض ما فيه، وإنما هذا شيء قاله المفتي من قِبل نفسه، فإن ثبت ذلك ببينة فحينئذ يصح ما قاله، وبه يظهر أن تلك النصوصَ التي نقلها لا محل لها، لأنه بناها على أن الوالد دفع الرسم للولد يقبض ما فيه، وهذا لم يثبت، وكذلك استدلاله بقول ابن رشد : إنّ تصدق الزوج في مال زوجته محمول على الوكالة حتى يثبت التعدي (هـ) خارج عن موضوع النازلة أيضا، لأن محل كلام ابن رشد في موضع جرى فيه العرف بذلك كما ذكره غير واحد حتى الشيخ التاودي في شرح التحفة نظْماً ونثراً. ونازلة السؤال في محل لم يجر به عُرف بذلك كفاس، فبين المسألتين مسافة وبوْن كما بين الضب والنون. قال ابن عبد السلام بناني في شرح الزقاقية : لا يحمل بيع الزوج أصول زوجته على الوكالة العُرفية إلا بعد ثبوت عُرف بلدهم بذلك لا باعتبار عُرف الأقدمين، وليس العُرف بفاس أمنها الله في هذا الزمان على اعتبار الوكالة العُرفية، فلا يعمل بها ولا يحكم بمقتضاها، قاله بعض شيوخنا، تنبّهْ له. (هـ). ومثله للشيخ التاودي في شرح قَوْل التحفة : والزوج للزوجة كالموكل... البيت، ونصه : وفيه إشارة لما ذكرناه أولا من أن الزوج إنما يكون وكيلا عن زوجته، ويمضي تصرفه عليها إذا كان ذلك هو العُرف في بلدهما، فيقتصر على ما ثبت منه، قف على آخره. وقوله أيضا : بل هو وكيل حقيقي مأذون له في القبض كما ذكرنا، محمول على غير العداء كما أوضحنا...الخ، غير صحيح، بل ليس هو بوكيل حقيقي ولا إذنَ عنده في القبض، بدليل اعترافه انه لا وكالة عنده على القبض. وعليه فهو محمول على التعدي. وقوله معنى اعترافه أنه لا وكالة عنده أنه لم يكتب له أبوهُ وكالة لا بخط يده ولا بالعدول، لا يصح تفسير نفي الوكالة بنفي الشهادة بها للمغايرة بينهما، إذ الوكالة هي الاذن في التصرف، والشهادةُ على ذلك بالعدول أو بخط اليد، قدرٌ زائد

على ذلك فهذا أيضا من نمط ما قبله.

قلت : وكذا احتجاج المفتي الثاني والثالث على أن الولد وكيل بالعرف عن والده بكلام ابن ناجي وابن الناظم الخ... غيرُ سديد أيضا، إذ محل كونه وكيلا عن والده بالعرف إنما هو في بلد جرى عرفهم بذلك، وفاس خالية عن هذا العرف، فلا يصح الحكم فيها بما قالاه، والعَجَبُ أن هذا القيد مذكور حتى في شرح الشيخ التاودي للتحفة وهو متداوَل بين المبتدئين، ونصُّه بعد نقل كلام ابن ناجي المذكور عند نص التحفة المذكور.

قلت : فلو زيدت هذه لقيل :

والأخ للأخت كراءً يقتضي ويدَّعي الدفعَ بقوله قُضي
وهو على التوكيل عُرفا يُحمَلُ كالزوج مع زوجته إذ يُقبل

وفيه إشارة إلى ما ذكرناه أولا من أن الزوج إنما يكون وكيلا عن زوجته، ويمضي تصرفه عليها إذا كان ذلك هو العرف في بلدهما فيقتصر على ما ثبت منه. وقول الناظم فيما من القبض لما باعت، يقتضي أنه (أي الزوج) لا يكون كالوكيل في البيع نفسه، وهو كذلك إذا لم يجر به عُرف كَمَا عندنا الآن، فإن جرى به مضى أيضا وفيه فرضه في البيان. ومثله في البهجة مبسوطا، وحواشي أبي علي، على أن الوكيل بالعُرف إنما ذكروه في الزوج لزوجته والأخ لأخته لا في الولد لوالده وعكسه، فليس واحد منهما وكيلا عن الآخر، بدليل ما ذكروه في مسألة الغائب إذا تسورَ على مال. قال اليزناسني : الذي مضى عليه عمل الموثقين أنَّ القيام بالحسبة في عقار الغائب لا يباح إلا للوالد أو الولد أو الأخ من جميع الجهات الخ... ونظمه في العمل الفاسي بقوله :

وفي عقارِ غائب يحتسب قيامه أخ أو ابن أو أب

وكذا نظمه في العمل المطْلَق بقوله :

ومكن الأخ والابن والأب من القيام إن يشأ محتسبا

فَانظر اتفاق عباراته همْ. على أن قيامه عن والده في غيبته إنما هو احتساب وابتغاء

للأجر، فلو كان وكيلا عنه بالعرف لكان له القيام بالوكالة لا بالحسبة. والحاصل أن عمل فاس هو على إلغاء الوكالة العرفية، واللَّهُ أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به.

وسئلت عمن توفي فوجد في كناشه بخط يده أنه قبض من امرأتين سماهما عددا كثيرا من الريال بقصد أن يشتري لهما غنما، وشهد عليه أيضا عدل أنه سمع منه في حياته قبل أن يموت بنحو خمسة عشر عاما أنه قبض أيضا من المرأتين حِليا لهما ليبيعه ويشتري به أصلا وغنما، كما وجد في كناشه أيضا بخط يده أنه دفع للمرأتين عِدة من الريال سلفا، وذلك أكثر من المال الذي قبضه منهما. وقد أفتَى بعض القاصرين بأنه يلْزمه جميع ما أقر بقبضه من المرأتين، كما أنه لا شيء له في المال الذي أسلفه لهما إلا ببينة الخ...

فأجبت : الحمد لله، ما احتجّت به المرأَتَانِ على وَرَثة الهالك من خط يده بأنه قبض منهما ما يزيد على اثنتي عشرة مائة من الريال ليشتري لهما غنما، ومن شهادة الشاهد أنه أقر لديه بأخذِ حِلْيِهِمَا ليبيعه ويشتري لهما غنما وأصلا، باطل لا يفيد شيئا، ولا يؤخذ أموال المحاجير بمثل هذه الشبه التي هي كالخيالات، لأن ذلك الخط ليس فيه تسمية كاتبه وهو أمر لازم لا بد منه. ففي تبصرة ابن فرحون ما نصه :

فرع وفي الطرر أيضا : وإن كتبت الوثيقة بخط يده وشهادته فيها نفذت، لأنه قليلا ما يضرب على جميع ذلك، وإن لم يكن فيها شهادته لم تنفذ لأنه ربما كتب ثم لا يتم الأمر بينهما. (هـ). وقال الشيخ جسوس في شرح المختصر : ومعنى كتب شهادته أن يقول مثلا : قِبَلي أو عندي أو قِبَلَ فلان، ويصرح باسمه ثم يقول : شهدت عليَّ بِهِ أو شهدت على نفسي أو شهد فلان، ويصرح باسمه بضمنه. قاله ابن عاشر. (هـ). وقال الحطاب على قول المختصر : وجازت على خط مقر، ما نصه : ظاهره سواء كانت الوثيقة بخطه أو فيها شهادته فقط على نفسه وهو كذلك. وقال الشيخ أبو علي بن رحال في شرحه لهذا النص أيضا : ظاهره كتب الوثيقة وشهادته أو شهادته فقط وهو كذلك. وأما ما نسبه في

البهجة للمعيار من أنه لا يضر كون المقر لم يضع شهادته واسمه في آخر الوثيقة فلا شاهَد فيه إذْ لم يصرح بذلك، ونصُّه :

وسئل اليزناسني عمن توفيَ وُوجد بخطه مكتوب يتضمن أن قِبَله ديْناً لمن سمّاه برسم الزمام، وغير مكتوب بالعربي. وإنما مكتوب بالعربي الجنس، ويضع عليه العدد بأشكال.

فأجاب : بأن الرسم الرومي قد استفاض بين السملمين، حتى صار كسائر رسوم المسلمين، كأشكال الغباري وغيرها من المصطلحات. فإذا تقرر هذا، فالشهادة عليه جائزة. (هـ). فإنما تكلم كما ترى، على كون الشهادة جائزة على خط المقِر إذا كان بغير الخط العربي، ولم يتعرض لكون المقر هل لا بد له من وضعه اسمه في كتاب الإقرار أو لا يحتاج إلى ذلك، فلم يبق إلا كلام الشامل، وهو لا يكفي وحده، لما قاله الشيخ بناني على قول المختصر في الفرائض : «وأسقطته أيضاً الشقيقة التي كالعاصب لبنت...الخ». ونصُّهُ : قال ابن غازي : والظاهر من الشارح أنه صحف هذه اللام بالكاف، فظن أن البنت وبنت الإبن تسقطان الأخ للأب، ودرج على ذلك في الشامل فذكر نصه ثم قال : وهذا من أفظع الوهم الخارق للإجماع الذي لا يحل السكوت عليه، وكم فيه من أشباه هذا، فيجب أن يحترز منه. (هـ). وكذلك شهادة العدل بأن الهالك حاز من المرأتين حليهما الذي كان لهما وفي ملكهما، باطلة أيضاً، لعدم ذكره فيها انتفاء علمه بالمبطل، لأن المدة طالت، فيحتمل أنه أداه في حياته، وذلك بأن يقول : ولا زال ذلك المقر به في ذمته ولا أداه ولا شيئا منه في علمه إلى أن توفي، لقول صاحب التبصرة؛ إن الشهادة بالدين لميت أو عليه لا تتم إلا إذا قال الشاهد : إنه لا يعلم أن الدين تأدى أو سقط. (هـ).

وتبطل أيضاً بالجهل لأن حليهما الذي كان لهما، مجهول لا يعرف. وتعبير المقر بالسلف غير مقصود، وإنما المقصود الرد، بدليل أنه لم يطالبهما به إلى أن مات، وبدليل أنهما لم تطلباه بغنم ولا بأصل مدة حياته، وقد مرت عليهما السنون

الطوال، فلم يسكتا عن طلبه إلا لكونهما قد قبضتا ما كانتا دفعتاه إليه. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

ثم عورض ما كتبناه بأن كلام ابن فرحون المذكور، موضوعه إذا كانت كتابته ــ أي المقر ــ منسوجة على منوال الوثائق، لا إن كانت منسوجة على منوال صيغ الإقرار كما أفاده ابن فرحون رحمه الله ضِمْنا وصراحة، أمَّا إفادته ذلك ضمناً. ففي قوله : وإن كتبت الوثيقة، وأما إفادة ذلك صراحة ففي قوله عقب ما وقع به الاستشهاد : وإن قال : لِفلانٍ عندي أو قبلي كذا وكذا بخط يده، قضى عليه لأنه خرجَ مخرج الإقرار بالحقوق، وإن كتب : لفلان على فلان إلى آخر الوثيقة وشهادته فيها لم تجز إلا ببينة سواه، لأنه أخرجها مخرج الوثائق، ولم تَجُزْ الشهادة فيها على خطه هو تفسير جيد، وهذه المسألة فيها اختلاف. (هـ). فانظر كيف فرق بين اللفظين وغايَرَ بين الموضوعين، ولا شك أن كتابة المقر هنا لم ينسجها على منوال الوثائق، وإنما نسجها على منوال صيغ الإقرار كما ترى. فإن كان هذا السيد المفتي رام قياسَ ما خرج مخرج الإقرار على ما خرج مخرج الوثائق فهو قياسٌ فاسد.

الفصل الثاني : دعواه انفراد صاحب الشامل بالقول بعدم افتقار الإقرار بالخط إلى وضع الشهادة، والجواب عنه بعدم تسليم هذا المدعي.

ففي حاشية الشيخ الرهوني رحمه الله ما نص المراد منها : وفي النوادر، أشهب في المجموعة في صك بخط رجل على نفسه ولم يكتب شهادته أسفله فشهد على خطه رجلٌ حلف معه الطالب وقضى له.

فأجبت عن ذلك :

الحمد لله. وأما قوله : فأما كلام ابن فرحون، فموضوعه إذا كانت كتابتُه منسوخة على منوال الوثائق فليس بصحيح، بدليل أن الشيخ التسولي الذي احتج بكلامه عارض بينه وبين كلام الشامل في شرحه. فلو كان كلام الأول فيما خرج مخرج الوثائق والثاني بعكسه، لم تصح له المقابلة بينهما، وللزم أنه أيضا لم يفرق بين

موضوعيهما ولا يصح ذلك. ونصُّه ممزوجا. «ولو كتب الرجل ذكر حق عليه بخطه ولم يكتب فيه شهادته»، فهو إذا قامت الشهادة على خطه، إقرار بالحق على نفسه، ولا يسعه إنكارُ خطه، خلافاً لابن عاتٍ من أنه إذا كتب الوثيقة ولم يكتب شهادته فيها لم تقبل، لأنه ربما كتب ثم لا يتم الأمر بينهما. (هـ).

وأيضاً الشامل، عبر بذكر الحق، وصاحبُ التبصرة عبّر بالوثيقة، ولا فرق بينهما في الاصطلاح، لأن شراح المختصر فسروا الذِكر بالوثيقة، وأيضا هو بنفسه نقل كلام النوادر تأييداً لكلام الشامل، وفيه التعبير بالصك، والصك هو الوثيقة كما عند شراح المختصر أيضا، وقوله : أما إفادته ذلك ضمنا ففي قوله وإن كتبت الوثيقة...الخ. ما فهمه من أن لفظ الوثيقة خاص في اصطلاح الفقهاء بالإقرار الذي خرج مخرج الشهادة هو من نمط ما قبله، بل الوثيقة عندهم إسم عام لكل ما يتوثق به رب الحق، ويتوصل به إلى أخذ حقه، كما في قول المختصر: «أو استحلف مطلقا في وثيقة حق»، وكما في قوله : وقضى بأخذ المدين الوثيقة، فيشمل شهادة العدول وخط المقر والرهن. وقوله : وأما إفادته ذلك صريحاً ففي قوله : وإن قال : لفلان عندي...الخ، من أعجب ما يسمع، إذ ليس فيما نقله أن الاقرار لا يحتاج الى وضع اسمه عقبه، وأنه إن خرج مخرج الوثائق يحتاج إلى وضع علامته، بل غاية ما فيه أنه لو قال : لفلان عندي وشبهه، قضيَ عليه به، أي لأنه إقرار. وإن قال : لفلان على فلان لم تجز الا ببينة سواه، أي لأنه شهادة، ولا بد فيها من لفظ الشهادة أو ما يقوم مقامها، فحيث لم يكن فيها لفظها ونَحا بها الشاهد نحو الإقرار لم تجز، وكأنه ظن أن قولَ ابن فرحون : وإن كتب : لفلان على فلان، إقرار، وذلك خطأ صراح، بل هو شهادة، إذ من الضروري عند أصاغر الولدان أن خبر الْمخبِر إنْ أوجب حكم صدقه على قائله فقط، فهو الإقرار، وإن أوجب حكم صدقه على نفسه وعلى غيره، فهو الرواية، وإن وجب حكم صدقه على غيره فقط، فهو الشهادة حسبما ذلك مذكور عند شراح التحفة وغيرها أوَل باب الإقرار، ولا شك أن قول ابن فرحون المذكور أوجَبَ. حكم صدقه على غيره فقط، فهو شهادة قطعا، ولذلك قال : لم تجز إلا ببينة سواه. تأمله. فليس في

كلام ابن فرحون المذكور اشتراط لوضع اسمه آخِر الوثيقة ولا لعدم اشتراطه، فالاحتجاج به على ان المقِر لا يحتاج إلى وضع اسمه عقب إقراره بخطه مما تمجه الطباعُ.

وأيضا لو كانت هذه الصورة من الإقرار لَأُخِذَ بها المقر اتفاقا، ولم يصح قول ابن فرحون : لم تجز الا ببينة سواه...الخ، لأن هذه هي قول التحفة.

وكاتب بخطه ما شاءه. البيتين. ولا نزاع بين الشراح في مؤاخذة صاحب الخط بإقراره إذا كتب الإقرار بخطه ووضع علامته بعده، فكيف يصح قوله فيها : لم تجز عليه. والعجَبُ لمن يتصدر للافتاء وهو لا يفرق بين الاقرار والشهادة.

والحاصل ان المقر يؤاخذ بإقراره مطلقا، سواء خرج مخرج الشهادة أو لا كما يفيده قول المختصر : «يؤاخذ المكلف بإقراره بلا حجر».وقول التحفة أيضا :

ومالِك لأمــره أقــر في صحتـه لأجنبي اقْتَفــي

ولم يُفَصّل شراحهما، بل أطلقوا.

وفي حاشية الشيخ الرهوني عن ابن رشد ما نصه : لأن شهادة الرجل على نفسه إقرار عليها، وإقراره على نفسه شهادة عليه. (هـ). ومثله في ابن عرفة أيضاً. وأما تِلك العبارة التي نقلها عن ابن فرحون، فلعلها انقلبت على مُؤَلفها كما يفهم من كلامه وإن أصّلها، لأنها أي شهادته على الوجه المذكور خرجت مخرج الإقرار فلا تجوز، ولا يرفع عليها، وذلك من الضروريات عند من يفرق بين الاقرار والشهادة، وننزه مقام ابن فرحون عن مثل هذا.

والحاصل أن الإقرار يواخَذُ به مطلقا، والتفصيل إنما هو في الشهادة على الغير، فإن خرجت مخرج الإقرار بطلت وإلا صحت. وقوله : الفصل الثاني، دعواه انفراد صاحب الشامل بالقول..الخ، ليست هذه عبارتي، بل هي قولي، فلم يبق الا كلام الشامل وهو لا يكفي وحده. ومعناها لم يبق من حججك التي احتججت بها في فتواك سوى كلام الشّامل. وذلك لا يفيد ما زعمت، على أن

كلام النوادر المذكور عن أشهب مقابِل، والتأييدُ إنما يكون بالمشهور لا بالضعيف والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به آمين.

نوازل المزارعة والمساقاة

في نوازل سيدي العربي الرهوني ما نصه :

الحمد لله، مسألة كِراء الأرض بالثلث ونحوه، مذهبُ مالك وجمهور أصحابه على المنع، حملا لأحاديث المنع من كرائها على كرائها بما يخرج منها، وعمل أهل الأندلس على جواز ذلك، ومثله العرف بسوس، وكذا بدرعة من لدن الإمام ابن ناصر إلى الآن، وُعهْدَتُهُمْ في الجواز ما في البخاري من قوله : باب المزارعة بالشطر ونحوه، والمراد الجزء، ثلثا أو ربعا أو نصفا أو نحو ذلك، ومذهبه الجواز، واستدل عليه بقوله : وقال قيس بن مسلم عن أبي جعفر : ما بالمدينة أهلِ بيت هجرة الا يزرعون على الثلث والربع إلى غير ذلك من الآثار التي أوردها حجةً لمذهبه إلى أن قال : حدثنا ابراهيم بن المنذر قال : حدثنا أنس بن عياض عن عبد الله عن نافع أن عبد الله بن عمرَ أخبره أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمن أو زرع، وكان يعطي أزواجه مائة وسق، ثمانون وسقا تمراً، وعشرون وسقا شعيراً، وقسَم عمر خيبر فخيّر أزواج النبي ﷺ أن يقطع لهن من الماء والأرض أو يمضي لهن، يعني ما كن عليه من قبل، فمنهن من اختار الأرض، ومنهن من اختار الوسق. وكانت عائشة ممن اختارت الأرض. قال ابن حجر : ومراد البخاري بسياق هذه الآثار، الإشارة إلى أن الصحابة لم ينقل عنهم خلاف في الجواز أي في جواز إعطاء الأرض بجزء مما تُنبته، خصوصا أهل المدينة، فيلزم من يقدم عملهم على الآثار كمالك أن يقول بالجواز على قاعدته. قال ابن التين عن القابسي : إنما ذَكَر ــ أي البخاري ــ الآثار، لأنه لم يصّح في المزارعة على الجزء حديث مسنَد، وكأنه غفل عن آخِرِ حديث في الباب. قال شيخ شيوخنا ابن سودة في حواشيه على البخاري : لعل القابسي أراد حديثا صريحا بأن يكون في المزارعة وحدها هو ما تقدم من معاملة خيبر بالشطر.

وأما قصة خيبر فقد أجاب عنها المانعون بأن المقصود منها المساقاةُ على النخل والزرع كالبياض، والمشهور عند الشافعية المنعُ، وهو المعروف في المذهب.

وخالفَ الأندلسيون مالكا، وحكى فيها ابن رشد في المقدمات ثمانية أقوال. (هـ).

قال شيخنا سيدي محمد بن عبد السلام الناصري ما معناه : فنظَرُ المجيز في هذه المسألة تابع للبخاري، وعمل الأندلس أسَدُّ، والضرُورةُ داعية إلى ذلك، سيما في بلدة يتعذر فيها الكراء بالنقود أو العروض، والفتوى إنما تكون بالمشهور أو بما به العمل وَمراعاة العرف من قواعد المذهب، والأحكام تتبدل تبدل الاعراف كما هُوَ بين في كتاب الأحكام، والله أعلم.

قلت : والذي عليه العمل بحاضرة المغرب فاس وما في حكمها منعُ كراء الارض بالثلث ونحوه، وبه الفتوى، وعليه تجري الأحكام، وهو الذي في التحفة وغيرها، وما جرى به العرف في درعة ونحوها مخالِف له كما ترى، والله أعلم. (هـ).

وفيها أيضا، الحمد لله، جوابكم عمن له فدانٌ دفعه لمن يعمل فيه بربع ما يخرج منه، ولم يعط رب الارض زريعة ولم تقع عمارة الى الآن، فهل ذلك صحيح أم لا؟

الحمد لله، **الجواب** والله الموفق بمنه، أن العقد أعلاه فاسد منحَلٌّ، لأنه لم يسلم من كراء الاض بممنوع، فيجب رد الأرض لِرَبِّها ولا شيء لِآخذها حيث لم يعمل شيئا، وبالله التوفيق، وكتب محمد بن الحسن ابن رحال. (هـ).

الحمد لله، **الجواب** أعلاه صحيح. قال ابن يونس في باب المزارعة والمغارسة ما نصه : قال مالك : ومن أكرى أرضه من رجل يزرعها قطنا أو قصبا أو بقلا أو قمحا أو شعيرا على ان ما أنبتت بينهما أو هو مع الارض بينهما لم يجز. قال بعض فقهاء القرويين : ويجب اذا عمل وزرَع أن يكون الزرع له وعليه مثل كراء الارض، لأن العمل والزرع من عنده، ومثله الشركة الفاسدة (هـ). المقصود منه وإليه أشار صاحب التحفة بقوله :

والارضُ لا تكرَى بجزء تُخرجه   والفسخ مع كراء مثل مخرجه

وعليه فيجب فسخ الكراء قبل العمل وبعده، وفيما ذكر كفاية، والله

أعلم. وكتب محمد بن عبد الصادق وفقه الله (هـ).

وسئلت : عن شريف دفع أرضه لأناس ينزلون بها بأنفسهم وأموالهم وماشيتهم ويستغلون الارض بما شاءوا، وله في كل سنة عُشُر زرعهم وإدامهم وعشر ماشيتهم، فهل يجوز هذا ام لا؟

فأجبت : الحمد لله وحده، لا يخفى أن ما فعله الشريف حوله مع النفَر الثلاثة حَوْلَهُ هو من باب كراء الأرض بجزء مما تنبته كالزرع وبغيره كالإدام الصوف والحيوان وغيره، وقد اشتمل العقد المذكور على الفساد من جهتين :

إحْدَاهما كراء الأرض بما تنبته وبالطعام والإدام، وقد نص غير واحد على منعه.

قال المواق من المدونة : قال مالك : لا يجوز كراء الأرض بشيء مما تنبت، قلّ أو كثُر، ولا بطعام تنبت مثله أو لا تنبته من غير الطعام من قطن أو كتان. (هـ). ومثله في التحفة والمختصَر.

ثانيتهما، على تسليم أن كراءها بما ذكر جائز، فالكراء مجهول، لِأن قدر عشر زرعهم وإدامهم وماشيتهم غيرُ معلوم، وهو موجب للفساد. قال في المختصر : صحت الاجازة بعاقد وأجْر كالبيع، وقال في التحفة :

يجوز في الدور وشبهها الكراء لمدة حُدّتْ وشيءٍ قدِّرا

وإذا تقرر هذا فالواجب للشريف المذكور هو كراء أرضه كما نص عليه في التحفة. قال ابن الناظم : ونحوه لميارة، ما نصه : فإذا وقع كراؤها بما يمتنع أن تكرى به فإنه يفسخ ويرجع الى كراء المثل، ثم قال : فإن وقع ذلك لم يكن لرب الارض الإكراء مثل ارضه، فبذاك يكون المخرج من هذه الورطة. (هـ) منه. ونحوه للشيخ التاودي. ونَصَّ المواق على أنَّ الأجر المجهول يرجع فيه لأجرة المثل، وَلا شك في إجراء النازلة على ما ذكرنا، والله أعلم بالصواب. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئل أبو الحسن رضي الله عنه كما في الدر النثير عن الغارس يزرع فولا

بين الاشجار المغروسة قبل الإطعام فيطلبه رب الأرض قبل الإبان أو بعده، فقال : هو متعدٍّ، إذ لا شيء له في الارض إلا بعد الإطعام، فلهذا، القلع في الإبان أو الكراء بعده، ويمنع أيضا رب الأرض من زراعة الأرض المغروسة، لأنه ضرر بالغرس، إلا أن تكون هناك عادة.

قلت : لأنه لا يجب للغارس شيء إلا بعد الحد المتفق عليه، وقد وقع لابن الحاج رحمه الله في نوازله أنه إذا أراد بيع نصيبه قبل بلوغ الشباب المتفق عليه، أن البيع لا يجوز. قال : لأنه لا يجب له نصيبه إلا أن يبلغ الشباب. قال : وقد نزل في رحى فلان ما يشبهها، أعطاها رجلا على أن يبلغها الى كذا، فتكون بينهما، فباع نصيبه قبل ذلك، فتجاريتها مع ابن رشد. وظهر لنا ان البيع غير جائز كالمغارسة.

قلت : في نوازل ابن رشد رحمه الله عن مغارس يجزىء ثم يعجز عن العمل أو يريد انتقالا قبل تمام المغارسة، ويذهب الى بيع ما عمل ممن يقوم على الغراسة إلى تمامها بذلك الجزء الذي أخذها به.

فأجاب : بأن ذلك جائز ولا كلام لرب الارض إذا دخل غيره مكانه بشيء ياخذه. وذكر الشيخ في التقييد في كتاب أمهات الأولاد قول ابن رشد هذا. ثم قال : أُنظر، هَلْ لرب الارض الشفعة فيما باع الغارس من عمله أم لا ؟ توقّفَ الشيخ فيها.

قلت : ومقتضَى جواز البيع يقتضي ما ذكر، وأجرى البرزلي رحمه الله هذا الخلاف في المغارسة، هل تجري على المساقاةِ فيجوز البيع أم لا. قال بعض المتأخرين عن الرماح أو غيره : الجواز إذا كان المشتري يعمل في ذلك كعمل البائع. (هـ).

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك رضي الله عنه، عن رجل دفع لآخر فدانا مُزَارعة فزرعه، وجاحَ بعد زرعه فأراد العامل أن يعمل فيه الذُّرَة وأبَى

ربه، فأفتى بما في اختصار ابن هارون من أنه لا كلام للعامل إن نبت، وإلا كان له متكلِّمْ.

فأجاب : إنه صحيح. نحوه في ابن سلمون، ونصه : وإذا كانت للعامل عمارة في الأرض فزرعها ونبت زرعها، ثم بطل بعد ذلك، لم يبق له حق في العمارة، وإن لم ينبت فحقه باقٍ، وله أن يزرع عمارة أخرى أو يبيعها لمن شاء. ذكره ابن فتحون. (هـ).

وسئل أيضاً عما كتب غيره، ونصه : حيث توفي الرجل وترك أولادا وأرضا فزرع أحد الاولاد زرعه في الارض وحرثها ببقرهِ، فليس لمن لم يحرث من باقي الأولاد إلا الكراءُ لحظه في الأرض، ولا شيء له في الزرع. قاله ابن حبيب. ومثله لعيسى. نقله صاحب الدر النثير واقتصر عليه. والقول قول من حرث الأرض أن ذلك كان ببقره وزرعه مع يمينه حسبما ذكره من ذُكِر، والله أعلم.

فأجاب : الذي في الدر النثير عن الاستغناء عن حكاية عيسى في كتاب الجوار في المرأة تزرع ارض زوجها ببذره وبقره أنَّ الزرع لها اذا قالت : زرعته لنفسي، وعليها كراء الأرض والبقر ورد الزريعة إن كانت من طعام الزوج، فإن عطب في عملها من البقر شيء ضمِنت، وإن عطب في غير عملها لم تضمن المشاور، وبه العمل.

وقول ابن لبابة خطأ، أي القائل إن ذلك بينهم، ونحوُ ما في الدر في المعيار وابن سلمون، وزاد عليهما ما نصه : قلت : ولابن حبيب عن كتاب الأحكام له نحو قول عيسى هذا إلا أنه قال : بعد أن تحلف بالله ما زرعت إلا لنفسها. قال : وإن زعمت ان البذر من طعامها كان القول قولها مع يمينها. قال : وسألت عن ذلك أصبغ فقال لي مثلها. (هـ).

وسئل عن الأخ يزرع قدر حصته من الأرض أو جميع الأرض، هل عليه كراء أم لا؟

فأجاب : قال البرزلي عن ابي حفص فيما اذا رزع قدر حصته : إنه لا

كراء عليه، ونحوه في المعيار، ونظمه من نظم عمل فاس بقوله :

وما على الشريك يوماً إن سكن   بقـدر حظـه لغيره ثمن

قال المواق : ويظهر من البرزلي أنه رجح هذا على فتوى السيوري، وعن غيره ترجيح فتوى السيوري كما في شرح أبي علي وغيره. وأما الغَلات فالذي كان يفتي به القاضي راشد ردُّها. قاله الشيخ ميارة في حواشيه : وفيه خلاف مذكور في الونشريسي وغيره. والخلاف في الغلة، وأما الأصول فهي على حقهن ولو بعد مائة سنة. قف على بسطه في أجوبة الفاسي.

وسئل أيضاً عن خماس تعاصى عن تمام عمله وسلّم فيما عمِلَه.

فأجاب بما في المعيار عن ابن العطار أن الخماس إذا ترك العمل اختيارا، فلا شيء له. (هـ). وفي التبيين عن البرزلي عن أشهب أن الخماس إذا مرِض فإنه يُستأجر عليه حتى يصح. (هـ). وفيه عن غيره أن الشريك إذا عجز في أثناء الحرث وسَلّم لصاحبه فيما كان حرثه أن ذلك لازم له. (هـ).

وسئل أيضا عن خماس أعانه شريكه في بعض الأيام وأشهد على نفسه أنه يعينه مجانا لانه ينفعه في رعاية وغيرها، قام عليه ورثته.

فأجاب : إن هذه الاعانة لا شيء فيها من الجانبين، لأنها غيْرُ محدودة ولا معلومة، وإنما تكون بين الشريكين مكارمةً، وإنما التي فيها كلام الناس. البرزلي وغيره، إذا ترك ذلك لمرض أو غيره. ونص البرزلي عن أشهب أن الخماس إذا مرِض فإنه يستأجر عليه حتى يصح. (هـ). على أنه إن كان مثله يعمل بلا أجر فلا أجرة له، وإن طلبها كما في المواق وغيره اه.

مسألة، قال الشيخ التاودي في شرح التحفة : وأجاز الليث كراء الارض بالثلث أو الربع مما تنبته وبه العمل في الأندلس، ولذا قال القائل :

قد خولف المذهب بالأندلس   في ستة، منهن سهم الفرس

وغرس الاشجار لدى المساجد والحكم باليمين قُلْ والشاهِد
وخلطة والأرض بالجزء تلي ورفع تكبير الآذان الأول

ومفهوم الستة غير معتبر، فقد ذكر في آخر المفيد نحو ثمانية عشر. (هـ).

قلت : قوله وأجاز الليث كراء الارض بالثلث والربع، لم ينفرد به الليث، بل قال به جماعة كثيرة جدا. قال المكناسي في مجالسه : وقد أجاز جماعة من أهل العلم كراءها بالجزء منها على حديث مساقاة النبي ﷺ يهودَ خيبر على الشطر، وهو قول جماعة من أهل العلم، وبه قال الليث، وأخذ به أكثر الأندلسيين، وهي احدى المسائل التي خالفوا فيها مالكا. (هـ).

وفي **مسائل** أبي عمران العبدوسي ما نصه :

ومن التمهيد قال الليث ابن سعيد والثوري والأوزاعي والحسن ويوسف ومحمد بن الحسن وعمر ابن عبد العزيز وطاوس وأحمد بن حنبل : إنه لا بأس أن يعطي الرجل أرضه بجزء مما يخرج منها (هـ). من نوازل العلمي.

وفي صحيح البخاري ما نصه :

باب المزارعة بالشطر ونحوه، وقال قيس بن مسلم عن أبي جعفر : ما بالمدينة أهل بيت حُجْرة إلَّا يزرعون على الثلث والربُع، وزارعَ عليٌّ وسعد بن مالك، وعبد الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل عمر وآل علي وابن سيرين. وقال عبد الرحمن ابن الأسود : كنت أشارك عبد الرحمان بن يزيد في الزرع.(هـ). قال القسطلاني : زاد ابن ابي شيبة فيه : وأحمله إلى علقمة والأسود، فلو رَأيا به بأسا لنَهَياني عنه. (هـ).

ثم قال البخاري : وعامَلَ عمرُ الناس على إنْ جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا. (هـ). قال القسطلاني : وكان المصنف أبهم المقدار بقوله : فَلَهُمْ كذا، لما وقع فيه من الاختلاف، لأن غرضه منه أن عمر أجاز المعاملة بالجزء. (هـ).

وقوله : ولذا قال القائل، هو ابن (غازي)، ذكره في تكميل التقييد في باب الجهاد، نقله من الغرناطية ونظمه. وقوله : منهن سهم الفرس...الخ، أي قالوا : يُسْهَمُ في الجهاد للفرس سهم واحد فقط كراكبِه. ومذهب الإمام هو ما قاله الخرشي : وللفرس مِثْلَا فارسه، وأجازو أيضا غرس الاشجار في المساجد وهو مذهب الأوزاعي. وقال مالك بالمنع كما في الخرشي والزرقاني. وقالوا أيضا : لا يحكم باليمين والشاهد ولا بإثبات الخلطة. ومذهب الإمام أنه يحكم به، ولا بد من إثبات الخلطة، أي من ادعى على غيره بحق فأنكره فلا تجب عليه اليمين حتى يثبت المدعي الخلطة بينهما. وأجازوا كراء الارض بالجزء مما يخرج منها، وأجازوا أيضا رفع تكبير الْأَذانِ الأول. قال ابن الحاجب : ويرفع صوته بالتكبير ابتداء على الشهور. التوضيح. ما ذكر انه المشهور، كذلك ذكره صاحب الإكمال، وذكر أن عليه عملَ الناس، وذكر بعضهم أن مذهب مالك ليس الا الإخفاءُ كالشهادتين. قيل : وهي إحدى النظائر التي خالف فيها أهل الأندلس مذهبَ مالك. (هـ).

وقوله : ومفهوم الستة غير معتبر...الخ، فيه نظر، وما ذكره في المفيد إنما هو فيما خالفوا فيه ابن القاسم فقط.

والحاصل أنهم خالفوا مالكا في ستة فقط، وخالفوا ابن القاسم في ثمانية عشر. ونصُّ المفيد : خالفَ أهل الأندلس مذهبَ مالك رحمه الله في أربع مسائل، وهي أن لا يحكموا بالخلطة ولا بالشاهد واليمين، وأجازوا كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها وهو مذهب الليث بن سعيد، واجازوا غرس الشجر في المساجد وهو مذهب الاوزاعي، وخالفوا مذهب ابن القاسم في ثمان عشرة مسألة، وهي : مراعاة الكفء في النكاح في الحال والمآل، وأن ما التزمته المالكةُ أمرَ نفسها في الخلع من نفقة ابنها بعد الحولين لازمٌ لها، وهُمَا قولا المخزومي، وأن لا يُلزم الاخدام إلا في ذوات المال. قاله ابن الماجشون، وأجازوا أخذ الأجرة في الإمامة على الفريضة والنافلة، وهو مذهب ابن عبد الحكَم، وأباحوا بيع كتب الفقه، وهو قول أكثر أصحاب مالك، وأجازوا أفعال السفيه الذي لم يُوَلَّ عليه. قاله مالك، وهو دليل قوله في كتاب المديان فيمن ابتاع منه أو باع، فهو مردود. وأجازوا التفاضل

في المزارعة إذا سلِم المتزارعان من كراء الأرض بالطعام أو ببعض ما يخرج منها. قاله عيسى ابن دينار. ولا تنعقد المزارعة إلا بالشروع في العمل. قاله ابن كنانة: ولم يُجِيزُوا القسمة حتى يصير لكل واحد من الشركاء من البيوت والساحة ما ينتفع به ويستتر فيه عن صاحبه، وأوجبوا الشفعة فيما لا ينقسم، قاله مالك. وأوجبوها في الاموال الموظفة. قاله أشهب، ولم يوجبوا الحميل بالحق الا بشاهدين. قاله سحنون. وأوجبوا الحميل على من لا يعرف عينه لتشهد البينة على عينه، وإن عجز عنه وكانت البينة غائبة سجن، قاله أشهب. ومنها أن الشيء المستحَق يدخل في ضمان المستحَق منه، وتكون له الغَلة، ويجب توقيفه وقفا يحال بينه وبينه اذا ثبت بشاهدين. قاله مالك في الموطأ، وقاله الغير في المدونة. وأوجبوا القسامة مع شهادة غير العدول من اللفيف، ولم يُجيزوا الشهادة على خط الشاهد إلا في الاحباس المعقّبة الموقوفة إذا اقترن بها السماع الفاشي، ومنعوا الوصي من النظر لأولاد محجوره إلا بتقديمٍ مستأنَف، وأَوْجَبُوا على الحالف إذا وجبت عليه اليمين أن يحلف قائما متوجِّه القبلة. قاله ابن الماجشون، وبه الحكم، والله أعلم. (هـ). منه بلفظه،وبها ختم كتابه، وكذا المكناسي في مجالسه، والغرناطي في وثائقه الكبرى، والله أعلم.

تنبيه : قد يستفاد من قول تد : وبه العمل في الأندلس، أن به العمل أيضاً بفاس، لما ذكر اليزناسني في باب الضمان من أن حمل تلمسان وما بعدها من مدن الغرب كفاس ومراكش يتبع عمل الأندلس لا تونس ومصر. (هـ). وإن قيل : إن ذلك غير مطرد، وقد يستفاد أيضا من قول ابن رحال في فصل المزارعة ما نصه : والقول بجواز كراء الأرض بما يخرج منها. قاله أبو حنيفة وجماعة كثيرة من أهل المذهب، أنظر ذلك في الشرح.

وقد تحصل أن الأمر في المزارعة خفيف، والحمد لله على اختلاف الأمة، مع احتياج الناس لها غاية، إذ بها القِوام لجميع الأنام، بل المزارعة جائزة على كل حال على ما هي عليه الآن عند الناس. (هـ). وقال أيضا في فصل المساقاة بعد كلام في المسئلة ما نصه : مع أن كراء الأرض بما يخرج منها جائز عند جماعة كثيرة، وكتبناه على قول المختصر صدر الإجارة وكراء الأرض. الخ... وقال أيضا على

قول (ظم) :

«والفسخ مع كراء مثل مخرجه» ما نصه :

هذا فيه خلاف قوي. أنظر عند قول المختصر : وكراء أرض. الخ... تجد الأمر والحمد لله واسعاً باعتبار عدم الفسخ في النازلة. وجواز القدوم على ذلك، وقد رجح الجواز، فقف على ذلك تر الحق عيانا إن شاء الله تعالى، والجواز في هذا، به قالت طائفة وجل أهل الأندلس، ومذهب الليث قوي في نفسه غاية. قف عليه إن شئت. (هـ). فمال رحمه الله الى الجواز.

وفي **جواب** لسيدي موسى السلماني نقله العلمي في نوازله ما نصه :

لا فرق عندنا بين أن تكرى بجزء مما يخرج منها أو تؤخذ الزريعة لتزرع فيها بالجزء على وجه الشركة على مذهب الليث الذي أخذ به علماء الاندلس، ومصدوق ما قلناه هو ما نقله عياض في كتاب الشركة من تنبيهاته، فذكر نصه ونص سيدي عمر شارح الرسالة، ثم قال : فتبين لك أن لا فرق بين إعطائها بالجزء أو أخذ الزريعة لتزرع فيها بالجزء. وفي كتاب القبس لابن العربي رحمه الله ما نصه :

مسألة :كراء الأرض عويصة اختلف فيها العلماء من لدن الصحابة إلى زماننا، واضطربت فيها الأحاديث اضطرابا كثيرا، وبحثت عنها فما وجدت من أتقنها إلا النسائي، فذكر الأحاديث التي احتج بها من منع، ثم قال : وأما كراؤها بجزء مما يخرج منها فهو مذهب فيه حاديث كثيرة، والمقنع فيها قوي، وذلك أنا رأينا الله تبارك وتعالى قد أذن لمن كان عنده نقد أن يتصرف في طلب الربح أو يعطيه لغيره يتصرف فيه بجزء معلوم، فالأرض مثله، وإلا فأي فرق بينهما وهذا قوي في الباب، ونحن نفعله والله الموفق. (هـ). فانظر قوله على جلالة قدره:ونحن نفعله. وفي كتاب كراء الارض من شرح ابن مرزوق لموطأ مالك بعد أن ذكر ما احتج به مالك من حديث رافع في منع كرائها ما نصه : وأجاز آخرون كراءها بجزء مما يزرع فيها، واحتجوا بحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

أعطى يهود خيبر الأرض والنخل على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها، وقالوا : هذا الحديث أصح من حديث رافع، لأنه مضطرب القبول جدا.(هـ).

وفي وثائق الغرناطي : خالف أهل الأندلس مذهب مالك رحمه الله؛ فأجازوا كراء الأرض بما يخرج منها. قال شيخنا : وذلك لضيق بلادهم، وبمذهبهم أخذ غمارة لضيق بلادهم، ولمجاورتهم للأندلس، فبان مما نقلناه أنه لا فرق بين ما ذكرتم، أي من اعطائها بالجزء وأخذ الزريعة لتزرع فيها بالجزء. (هـ). وكذا قال التسولي. عمل عامة الناس اليوم على ما قاله الليث ومن أخذ به، ولا يستطيع أن يردهم عن ذلك راد.(هـ).

وقال الحافظ ابن حجر على قول البخاري : «باب المزارعة بالشطر ونحوه» ما نصه :

والحق أن البخاري إنما أراد بسياق هذه الآثار الإشارة إلى أن الصحابة لم ينقل عنهم خلاف في الجواز خصوصا أهل المدينة، فيلزم من يقدم عملهم على الأخبار المرفوعة أن يقولوا بالجواز على قاعدتهم. (هـ) منه بلفظه، ونقله (التوفيقي) عنه في حاشية البخاري، والله أعلم.

تنبيه : آخر كتب بعض المطرين هنا ما نصه : أخرج أبو داود والحاكم ورمز في الجامع الصغير لصحته، وأقره شراحه، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ان رسول الله ﷺ وسلم قال : من لم يدر المخابرة فليؤذن بحرب الله ورسوله. (هـ). والمخابرة العمل في الارض مما يخرج منها، والبذر من العامل، ولعل من أجازها لم يبلغه النهي كما لم يبلغ ابن عمر وغيره أولا، فقاسها على المساقاة وهو قياس فاسد، لوجود النص بخلافه. وقد ثبت ان ابن عمر رجع عن الجواز. قال العلامة ابن زكري رحمه الله : كان ابن عمر يرى أولا جواز كراء الارض بما تنبت ثم رجع عن ذلك لما بلغه حديث رافع. (هـ). وبه يتبين أنه لا وجه للعمل به مع خروجه عن المذهب وشذوذه. ولذلك، والله أعلم، لم يلتفت له جميع الشراح ــ أي شراح التحفة ــ والمحشين هنا فيما رأيت، ولا من ألف في العمليات والأحكام من علماء الاندلس وغيرهم، وقد قال ولد (ظم) : المنع هو المشهور في المذهب

المعمول به، فلعل الاخذ بما لليث في الأندلس كان قبل ان يدخله مذهب مالك والله أعلم.

وقول الشيخ التاودي : وبه العمل في الأندلس، نحوه للشيخ ميارة، وكأنه اغترار بقول العلمي. قد خولف المذهب في الأندلس. الخ... الابيات المشهورة. وفيه نظر.

ففي قوانين ابن جزي، بعد أن ذكر منع كرائها بما تنبته أو بطعام، ما نصه : وأجاز سعيد بن المسيب والليث بن سعيد كراءها بجزء مما يخرج منها، وأخذ به بعض الأندلسيين، وهي احدى المسائل التي خالفوا فيها مالكا. فانظر قوله : وأخذ به بعض الأندلسيين، أي لا كلهم ولا جلهم. والمتبادر منه أنه أخذ به في نفسه، لا أنه حكم به. أو أفتى به، ولعله لضرورة تخصه، بل ذكر في فتح الباري أن الليث موافق لما عليه الجمهور من المنع. (هـ).

قلت : أما الحديث فمذكور في الجامع الصغير باللفظ الذي قال، ولكن لم أجد عليه علامة الصحة ولا غيرها، وراجعت شرح العزيزي فيه فما رأيته صححه ولا حسنه ولا ضعفه. ومن عادته التنبيه على ذلك. وعلى تقدير صحته فمحمله محمل حديث رافع ابن خديج كما سياتي. وأما قوله : ولعل من أجازها لم يبلغه النهي إلى قوله:وهو قياس فاسد، فغير صحيح بل في غاية القصور كما يعلم مما قدمناه، لأن من أجازها اعتمد في ذلك على الاحاديث الصحاح كحديث ابن عمر وغيره.

ففي البخاري : حدثنا إبراهيم بن المنذر قال : حدثنا أنس بن عياض عن عبيد الله عن نافع أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره عن النبي ﷺ أنه عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع...الخ. الحديث. قال القسطلاني : وفي هذا الحديث جواز المزارعة والمخابرة، لتقرير النبي ﷺ لذلك واستمراره في عهد أبي بكر إلى أن أجلاهم عمر رضي الله عنهما. وبه قال ابن خزيمة وابن المنذر والخطابي، وصنف فيهما ابن خزيمة جزءا بيّن فيه علل الأحاديث الواردة بالنهي عنهما، وجمع بين أحاديث الباب، ثم تابعه الخطابي وقال : ضعف

أحمد بن حنبل حديث النهي وقال : هو مضطرب، وقال الخطابي : وأبطلها مالك وأبو حنيفة والشافعي، لأنهم لم يقفوا على علته. قال : فالمزارعة جائزة، وهي عمل المسلمين في جميع الأمصار، ولا يبطل العمل بها أحد. هذا كلام الخطابي. والمختار جواز المزارعة والمخابرة، وتأويل الأحاديث على ما اذا شرط الواحد زرع قطعة معينة ولآخر أخرى. (هـ).

ثم قال البخاري : حدثنا علي بن عبد الله قال : حدثنا سفيان قال عمرو. قلت لطاوس : لو تركت المخابرة، فإنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عنه، قال ــ أي عمر ــ : إني أعطيهم وأغنيهم وأنا أعلمهم، أخبرني ــ يعني ابن عباس ــ رضي الله عنهما أن النبي ﷺ لم ينه عنه ولكن قال : أن يمنح أحدكم أخاه خير من ان ياخذ أجرا معلوما. (هـ). قال القسطلاني على قوله لم ينه عنه، أي عن الزرع على طريق المخابرة. ولا يقال: هذا يعارض النهي عنه، لأن النهي كان فيما يشترطون فيه شرطا فاسدا، وعدمه فيما لم يكن كذلك، أو المراد بالإثبات نهي التنزيه، وبالنفي نهي الكراهة.(هـ). ونحوه للحافظ ابن حجر. وقال الشعراني في كشف الغمة : كان معاذ بن جبل رضي الله عنه يكري الارض على عهد رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان على الثلث والربع، وكان الصحابة رضي الله عنهم يرون فساد العقد فيما اذا شرط أحدهما لنفسه التبن أو بقعة بعينها ونحو ذلك. وقال رافع بن خديج : كنا أكثر الانصار كراء للارض، فكنا نكري الارض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه الارض ولم تخرج هذه، فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك. وكان سالم رضي الله عنه يقول : قد أكثر رافع في المنع من كراء الارض، ولو كان لي مزرعة لأكريتها، وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول : يرحم الله رافعا، أنا ــ والله أعلم ــ بالحديث منه إنما الآمر أنه أتاه رجلان قد اقتتلا من الانصار، فقال رسول الله ﷺ : إن كان هذا شأنكم، فلا تنكروا المزارع فسمع قوله : لا تكروا المزارع، وكان جابر رضي الله عنه يقول : كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ بنصيب من القصري، وهو ما يبقى من السنبل بعدما يدرس ويُذَرَّى، ومن كذا وكذا. فقال رسول الله ﷺ : من كانت له أرض فليزرعها أو ليحرثها أخاه، وإلا فليدعها. وقال سعيد بن أبي وقاص رضي الله عنه : كان أصحاب المزارع في

زمن رسول الله ﷺ يكرون مزارعهم بما يكون على السواقي، فاختصموا الى رسول الله ﷺ فنهاهم عن ذلك. وقال : أكروا بالذهب والفضة، قال بعد سرد أحاديث. فتحصل من مجموع هذه الأحاديث، أن محل النهي في المخابرة إذا ترتب عليه مفسدة كما بينته هذه الأحاديث،أو يحمل على اجتنابها ندبا واستحبابا. وأجمع العلماء على أنه تجوز الإجارة ولا تجب الإعارة، فما بقي إلا أنه ﷺ أراد الندب خوفا، من حصول محذور، والله تعالى أعلم. (هـ). فظهر بهذا فساد قول مطرِّف : ولا وجه للعمل به مع خروجه عن المذهب وشذوذه. لأنه قوي خارج المذهب كما بين بالحديث وأقوال العلماء، وداخله كما بين في التنبيه قبلُ. وقوله : لم يلتفت له جميع الشراح إلى قوله من علماء الأندلس وغيرهم، غير صحيح أيضا، لأنه نبه عليه هنا من الشراح التسولي والتاودي وميارة، ومن ارباب الحواشي أبو علي ابن رحال، ومن علماء الاندلس صاحب المفيد والغرناطي اوابن عاتٍ، ومن غيرهم، المكناسي في التوضيح و(غ) والشريف العلمي والله أعلم.

وقوله : فلعل الأخذ بما لليث كان قبل ان يدخله مذهب مالك، لا معنى له، إذ قبل أن يدخله مذهب مالك كان امر الاندلس كلها على مذهب الليث فلا معنى للتخصيص بهذه المسألة أو بغيرها. والله أعلم. وقوله أي لا كلهم ولا جلهم، غير صحيح أيضا، بل جلهم كما تقدم في عبارة الأئمة، ولو حمل على ما قال لناقض قوله أخيرا : وهي إحدى المسائل التي خالفوا فيها مالكا، إذ المتبادر من قوله خالفوا،كلهم أو جلهم وهو الصواب، والله أعلم. وقوله بل ذكر في فتح الباري أن الليث موافق لما عليه الجمهور، يقتضي ان مذهب الجمهور في الحديث الناهي عنها هو المنع منها، وليس كذلك، بل مذهب الجمهور حمل النهي في الحديث على الوجه المفضي للغرر، والليث موافق معهم، ومذهب مالك حمله على كرائها بالطعام أو بما تنبته. فمالك رضي الله عنه هو المخالف للجمهور. ونص البخاري : وقال الليث : وكان الذي نهى عن ذلك أي كراء الارض، ما لو نظر فيه ذو الفهم بالحلال والحرام لم يجزه، لما فيه من المخاطرة. قال القسطلاني : وهذا موافق لما عليه الجمهور من حمل النهي عن كراء الأرض على الوجه المفضي إلى

الغَرَرِ والجهالة لا عن كرائها مطلقا. (هـ). ونص ابن حجر على قول البخاري : «باب كَراء الأرض بالذهب والفضة»: كأنه أراد بهذه الترجمة الإشارة إلى أن النهي الوارد محمول على ما إذا أكريت بشيء مجهول وهو قول الجمهور، وكلام الليث موافق لما عليه الجمهور من حمل النهي عن كراء الارض على الوجه المفضي الى الغرَر والجهالة. وقال مالك : النهي محمول على ما إذا وقع كراؤها بالطعام أو التمر لئلا يصير من بيع الطعام بالطعام. (هـ). تأمله تجد المطرر خابطا خبط عشواء وإن كلام ابن حجر هذا حجة عليه لا له. وقال القلشاني على قول الرسالة : ولا ينقد في كراء ارض غير مامونة» ما نصه : اختلف العلماء رضي الله عنهم في جواز كراء الارض بالزرع ونحوه، فجمهور العلماء على إباحة ذلك بشروطه. وقال طاوس وعبد الله بن عمر في أحد قوليه بالمنع. وفي الصحيح حديثان دالان على المنع، وللجمهور أدلة معلومة. (هـ).

وفي نوازل مازونة من جواب لسيدي محمد بن مرزوق في إعطاء الثور للحراثة بجزء من الزرع، أن الذي يظهر فيه المنع، وهو في الرجل أشد، ولا يبعد الجواز في الثور على قول، إذا كان كراؤه متساويا لقيمة ما عداه. ومنها من جواب لسيدي عبد الرحمان الوغليسي عمن دفع ارضه لمن يخدمها بالنصف على أن الزريعة من رب الأرض أنه إذا تعادلت قيمة كراء الارض مع الزريعة مع قيمة العمل من عند الآخر أو تقاربت، صحت الشركة. (هـ). ومنها فيمن اضطر لأخذ ثور من غيره ليحرث به والأرض له والزريعة، أن ذلك يجوز على ما جرى عليه عمل الناس،وإن كان المطلوب لمن يريد التحري أن لا يفعل ذلك حتى يقع الاشتراك والتساوي في كل شيء، لكن سهل الناس، في ذلك للضرورة والتعذر في أكثر الأمور. (هـ).

ومنها من جواب لأبي الفضل العقباني عن إدخال الخماس فيما حرثه الشريكان قبل دخوله، أنه إذا سبق واحد بالحرث وشرط الدخول فيما سبق به، أو الخماس يشترط الدخول فيما فاته، وقد يدخل بلفظ الصدقة،لا يجوز شيء من ذلك، ذكره أبو محمد في كتاب الشركة من نوادره. (هـ).

ومنها من جواب لابن عرفة : المعمول به عندنا منع الشركة في الحرث إذا كانت مختلفة الأجزاء، وأظنه منصوصا في النوادر وفي كلام ابن رشد. (هـ).

ومنها أنه إذا قال لشريكه في الحرث : إزْرَع نصيبك حتى آتيك بنصيبي فلا بأس بذلك، ويكون سلفا لشريكه، والشركة صحيحة. (هـ).

ومنها في الاشتراك في كالغنم على أن من هي بيده يقوم بخدمتها وينتفع بغلتها ويتسامحان، أنه إن كان الشرط في أصل العقد فلا يجوز، وإن كانت المسامحة بينهم بعد العقد جاز. (هـ).

ومنها في رجلين اشتركا في رمكة وبقيت عند أحدهما قدر سنة يعلفها ويخدمها، أن له الرجوع على صاحبه بما أنفق.(هـ).

وسئل من يتسمى عمن بينه وبين غيره جنان مشترك أرباعا، لأحدهما ربعه وللآخر ما بقي، وأكثره بياض عارٍ عن الأشجار، وقسموه قسمة استقلال في البياض، وأكرى صاحب الثلاثة الارباع جميع نصيبه لشخص، وأعطى جميع أشجار الجنان المذكور لمكتري مساقاة، فأراد صاحب الربع أن يضم تلك المساقاة التي وقعت في الأشجار وياخذها لنفسه، فهل يكون له الضم؟

فأجاب : الحمد لله، الجواب، أنه ليس لصاحب الربع أن يضم، وله أن يرد ما فعله شريكه بالنسبة لنصيبه الذي هو الربع، فيعمل فيه بنفسه أو يعطيه لمن شاء، لأن المساقاة إجارة للعامل بجزء من الثمرة التي ستوجد، ولذا (لو) قالوا : إنها مستثناة من الإجارة بمجهول، هذا الذي عول عليه ابن عرفة في تعريفها، إذ قال : عقد على عمل مؤونة النبات بقدره من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل. (هـ). وإن قيل : إنها مستثناة من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فلا عبرة به هنا، والله اعلم. وكتب عبد الله تعالى محمد التاودي بن سودة تغمده الله برحمته.

ووقع الجواب عمن دفع جنانا لغيره لمدة عام واحد من تاريخه ويجري

سواقيه ويعمره بجلوسه فيه، بحيث لا يتركه خاليا ويزرّبه، وما من موضع فيه الزرب خفيفا إلا يغرسه بجذور القصب، وحين تزريبه يعطيه ربه خداما وأجرا وياخذ المدفوع له الربع في القصب أعوادا، وتنقية الاشجار ياخذها الدافع المذكور، ويغرس المدفوع له التفاح، والمرّ الذي بالحنان يقلعه ويفرقه في الجنان المذكور بما نصه :

الحمد لله، المساقاة أعلاه فاسدة باشتراط رب الحائط على العامل ان يغرس. ففي المواق ما نصه : وإن كان ما اشترط رب الحائط على العامل يبقى كإنشاء غرس ، فهذا لا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه عليه، لأنها زيادة ينفرد بها رب الحائط. (هـ). وقد نقل بعد ذلك عن ابن رشد ما نصه : إذا وقعت المساقاة على غير الوجه الذي جوزه الشرع فإنها تنفسخ، ما لم تفت بالعمل، ورد الحائط إلى ربه. (هـ). هذا إذا اطلع عليها قبل العمل، وأما إذا اطلع عليها بعد العمل فإن للعامل أجرة المثل. قال ابن رشد أيضا : إذا فاتت بالعمل فأصل ابن القاسم أن العامل يرد إلى أجرة المثل في النازلة، لأن رب الحائط ساقاه على أن يزيده في حائطه غرساً، والله أعلم، وكتب عبد الله تعالى يعيش بن الرغاي وفقه الله آمين. (هـ).

وسئل الحافظ ابن مرزوق عن المقاطع في الزرع ليخدمه مع الخماس وينقيه ويتولى معه الحصاد والدراس بجزء من الزرع.

فأجاب : الظاهر في مسألة معين الخماس أن تكون مساقاة في الزرع فتجوز بشرط عجز ربه عن عمل جميعه واحتياج الزرع إلى مثل ذلك العمل، وهذا كله قبل الطيب، وأما بعده فالجائز أن يستأجره عليه بجزء منه يملك قبضه في الحال، وأما استيجاره على أن يحصد ويدرس وله نصف الحب، فالمشهور مذهب المدونة أنه لا يجوز. (هـ). وياتي العمل بخلافه.

وسئل سيدي عبد الله العبدوسي عن مسألة الخماس، وهو أن يقول رب الزرع للخماس : تعال نشتركْ أنا وأنت، فيجيبه، لكن يشترط الخماس على رب الزرع ان يحمل عنه ما ياتيه تلك السنة من الوظائف المخزنية مثل الرومة وغيرها.

فيحملها عنه رب الزوج، وربما يزيد في شرطه جلابية أو سلهامة أو دينارا أو نصفه الى غير ذلك، وحظه من التبن تقع فيه مساكتة.

فأجاب : مسئلة الخماس عند ابن رشد على ثلاثة أقسام : إن عقدها بلفظ الشركة جازت من غير خلاف، وإن عقدها بلفظ الإجارة منعت من غير خلاف، وإن عقداها بلفظ يحتمل الاجارة والشركة ففيه خلاف. ثم الخماس ان دخل مع رب الزوج على الشركة ولم يشترط عليه سلهامة ولا سلفا ولا لقط زوجته في القائم خلف الحصادين. فالشركة صحيحة، فإن كان في نصيبه نصاب زكّاه وإلا فلا، ولا يزكّي عنه رب الزوج، والتبن بينهما، هذا الصحيح من القول، وإن كان بعض متأخري الشيوخ أفتى أن لا شيء للخماس من التبن، وإن شرط الخماس ما ذكرتم أو ذكرنا أو بعضه، فالشركة فاسدة يجب فسخها، فإن فاتت بالعمل فهو أجيركشيوخ أفتى أن لا شيء للخماس من التبن، وإن شرط الخماس ما ذكرتم أو ذكرنا أو بعضه، فالشركة فاسدة يجب فسخها، فإن فاتت بالعمل فهو أجير ليس له إلا إجارة مثله في عمله، والزرع وتبنه جميعهما لرب الزوج، ويزكي جميعه ان كان فيه نصاب، ورب الزوج والخماس مأثومان لوقوعهما في أمر محرومٍ، ولا يعذرانِ بجهلهما، وبالله سبحانه التوفيق. (هـ). من نوازل الزياتي.

قلت : قال اليزناسني في شرح التحفة : العرف الجاري الآن في الخماس، الذي عليه العمل، أن ذلك مع الخماس يسمونه مقاطعا، عليه نصف الحصّاد والدرّاس والنقلة والتصفية، وعلى صاحبه النصف، ومن لا يحسن ذلك ممن له الجميع الا العمل، يتخذ أجيراً يعمل عليه الخماس معاوضة، حظه عما أخذه هذا المقاطع، والله أعلم. (هـ).

ولا يجوز له أن يشترط على الخماس أن لا ياخذ من التبن ولا أن يخدم شريكه في حيوانه، كما لا يجوز له هو أن يشترط على الشريك أن يسلفه، لأن السلف ما قارن عقدا إلا أفسده. واختلف فيه اذا وقع تطوعا بعد العقد فأجازه سحنون وهو ظاهر المدونة، والمنع أصل ابن القاسم. نعم يجوز له أن يشترط على الشريك النعل أو الكسوة أو غير ذلك زائدا على الخمس، كما في نظم العمل

المطلق. قال البرزلي : وقعت هذه المسألة بالقيروان قديما وحديثا، ، فكان شيخنا ابو محمد الشيسي رحمه الله يحكي على الرماح آنه إذا استبد الخماس بشيء زائد غير داخل في الشركة مثل الثوب والطعام ونحوه أن في المسئلتين قولين بالجواز والمنع، ولا يفتى بالجواز، ثم أباح ذلك ورخصه وعمل به واشتهر العمل به عندهم، فوافق على تمامه في مجالس المكناسي، والله أعلم. وقال الشيخ أبو علي : وكل من يفسخ مسئلة الخماس التي جرى بها العمل على ما هو عليه فهو مخطىء، ولو كان في الخماس إعطاء الجلابية وغير ذلك مما جرت العوائد به في البلد فذلك كله لا يفسد مسئلة الخماس للضرورة. (هـ).

مسئلة : وقال في التحفة أيضا :

والدفع للزكاة ان لم يشترط بينهما بنسبة الجزء فقط

قال الشيخ التاودي في شرحها:أي لا أزيد ولا أنقص، لأنها تؤخذ من رأس المال، ثم يقتسمان على ما شرط، فمن كان له ربع الغلة فقد أعطي عشر الربع، ومن كان له ثلاثة أرباعها، فقد أعطي عشر الثلاثة الأُرباع، فإن اشترط على أحدهما كان عليه وحده. قال في المدونة : ولا بأس بذلك، لأنه يرجع الى جزء معلوم، فإذا اشترطت مع المناصفة على العامل فكأنه قيل : له لك أربعة أجزاء ولي خمسة وواحد للزكاة. خليل. «وهو للمشترط وإن لم تجب». اللخمي. وقول مالك : إن المساقاة مزكاة على رب الحائط يجب ضمها لما له من ثمر غيرها ويزكي جميعها، ولو كان العامل لمن لا تجب عليه، وتسقط إن كان رب ،لحائط ممن لا تجب عليه، والعامل ممن تجب عليه. (هـ). قوله : وتسقط إن كان رب الحائط ممن لا تجب عامل لمن لا تجب عليه، وتسقط إن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه، والعامل ممن تجب عليه. (هـ). قوله : وتسقط إن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه.الخ... أي بأن كان كافراً أو عبدا مثلا ولا فرق في ذلك بين الزرع والثمر على ما هو الحق. قال : والصواب أيضا أن الخماس كالمساقي في الزكاة على رب الزرع إن كان من اهلها وكان عنده نصاب، وإلا فكما تقدم في المساقي، ثم ما فضل بعد أخذ الزكاة يكون بينهما على ما دخلا عليه، قاله بعض شيوخنا. (هـ).

نوازل الوديعة

وقع السؤال عن رجل أودع وديعة بمحضر عدول، فلما طلب بردها ادعى انه غصبها غاصب.

والجواب : الحمد لله، إن الكلام في المسئلة من وجوه :

الأول في أمانته، وأمانته لا شك فيها كما في نص المدونة والمختصر، ومن لا يحصى من المتقدمين والمتأخرين.

الوجه الثاني في البينة الشاهدة عليه هل يقبل قوله معها في الرد وغيره، أو لا يقبل قوله إلا في غيرالرد، فنقول : هذه البينة يقبل قوله معها في الضياع والرد، لأنها ليست مقصدوة للتوثق وبيان المقصودة عند ابن هلال وأبي علي في الحاشية والشرح والزرقاني وغيرهم، فيكون القول له مطلقا،ولئن سلمنا قصدها للتوثق، فإنه يقبل قوله في ضياعها كما في المختصر، وهو قوله : «لا بدعوى التلف»، وقوله في التحفة، إذ لا غنى في الرد أن يبنيه. قال شيخنا ابن سودة : الحاصل، القول له في التلف مطلقا، وفي الرد ما لم يقبضها ببينة.

الوجه الثالث في الغاصب؛ هل هو كالسارق المنصوص عليه عند العلماء أن قوله فيه مقبول. قال في المختصر، أو دل لصا (أي فلا ضمان عليه). قال الزرقاني : أو غاصبا أو محاربا وإن كان المعتمد عند ابي محمد وابن رشد هو الضمان في هذه، هذا مع الدلالة، وأما مع عدم الدلالة، فلا يكون عليه ضمان، وهو ما قاله المحشي في قول المتن «وبسعيه...» ونصه يفهم منه أنه لو أخذها الغاصب من غير تسبب المودع اصلا فلا ضمان عليه وهو ظاهر. (هـ). وفي الكبير للخرشي عند قوله : «وبسعيه..الخ»، ما نصه : المراد بالسعي الإغراء والدلالة. اهـ. وأما مع عدمها فلا ضمان كما هو ظاهر بين.

الوجه الرابع هل تلزمه يمين مع دعواه أخذ الغاصب لها أم لا. قال في المختصر : «وحلف المتهم» ومثله في الشامل. وفي مجالس المكناسي ما نصه : وإن ادعا تلفها أي الوديعة صدق على كل حال، قبضها ببينة أو بغير بينة، إلا أن يكون متهما فيحلف، ومثله لشيخنا اي التاودي في شرح التحفة وغيرهم، والله الموفق. وكتب عبد ربه تعلى محمد المامون أمنه الله.

وسئل الشيخ الرهوني عن رجل دفع مكحلة لمن يصلح له سريرها بأن يجعل له فيها وصلة، وتركها الصانع المذكور بحانوته فسرقت الحانوت ليلا، فهل يضمن الصانع المذكور المكحلة كلها مع سريرها، عملا بقول ابن المواز : إن غير المصنوع إذا كان يحتاج اليه عمل المصنوع له فإن الصانع يضمن الجميع، ما له فيه صنعة وما لا، أو لا ضمان عليه إلا فيما له فيه صنعة لا غيره ولو محتاجا له عمل على قول سحنون وهو المشهور، كما في المختصر وغيره.

فأجاب : الحمد لله، قول سحنون ليس بمشهور، بل انفرد به، وقد بحث غير واحد من المحققين مع المصنف في اقتصاره عليه، ويظهر من نصوص الائمة أن قول ابن المواز هو الراجح، لأنه قد عزاه للامام غير واحد، وعزي أيضا لابن القاسم وهو موافق لقول أشهب وابن حبيب واختاره اللخمي، واستظهره أبو علي، والله أعلم. (هـ).

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك التطواني عن رجل مات بوهران فأرسل عاملها مع بعض أمنائه بتركته فضاعت في البحر.

فأجاب : في المدونة في أول الوديعة في مسئلة الاسكندرية ما نصه :

وقد قال مالك في امرأة ماتت بالاسكندرية فكتب وصيها إلى ورثتها وهم بالمدينة فلم يات منهم خبر فخرج بتركتها اليهم فهلكت بالطريق، فهو لها ضامن حين خرج بها من غير أمر أربابها. (هـ). ثم عارضه معارض بما نصه : لا ضمان

على رسول المودَع (بالفتح) كما لأبي الحسن وغيره، وإنما الكلام مع المرسِل (بالكسر) في الضمان وغيره، والمنقول عن المدونة أعلاه موضوع في غير محله لمن تأمل، والسلام. (هـ) ثم صحح لهذا المعارض مصحح بقوله : المذكور أعلاه صحيح، ويؤخذ من كلام المختصر في مواضع. فمن ذلك ما في باب الضمان وهو قوله : وله طلب المستحق بتخليصه عند أجله لا بتسليم المال إليه، وضمنه لا إن اقتضاه لا إن أرسل به، ومن ذلك ما له في باب الوكالة. ولزم الوكيل غرم الثمن إلى أن يصل لربه ان لم يدفعه له وحتى ما له في الوديعة من قوله أو المرسل اليه بالكسر.(هـ). باعتبار ما اذا كان النزاع في دعوى التلف لا في دعوى الإقباض، ومن هذا كثير في الفقه الى آخر كلامه. وكتب بعض أعيان الفقهاء رادا على المعارض والمصحح له بما نصه : ما سطر أعلاه من ان رسول المودَع (بالفتح) لا ضمان عليه، وإنما الضمان على المودِع، غير صحيح، بل المنصوص عليه ان المودع اذا تعدى في الارسال تعلق الضمان به وبالرسول، وخير ربها في اتِّباع أيهما شاء، والله أعلم.

ثم رجعت اليه المسئلة بعد أن كتب هذا الكاتب، فكتب فيها ما نصه : كانت المسئلة سهلة المأخذ، المختصَر بها كفيل أو كالكفيل. وإنما أتيت بكلام المدونة أولا لمسيسه بالقضية ومشابهته بها في الجملة في الموضوع، وإن كان السفر في نازلتها منَ المرسَل، وفي مسئلتنا من غيره، ولا فرق بينهما في الحكم. أما ضمان المرسِل بالكسر فيتضح ذلك بنقل ما لا بد منه مما وقفت عليه بعد مراجعة ما امكن مراجعته. قال في المختصر عاطفا على ما فيه الضمان ما نصه : وبِبَعْثِهِ بها. قال شارحه الشييخ عبد الباقي : ومثله في ضمانه ذهابه هو بها بغير اذن ربها كما في التوضيح. (هـ). قال محشيه شيخنا بناني : هذا هو الذي يدل عليه ما في التوضيح في الوصي بالاسكندرية يرسِل الى الورثة بالمدينة فلم ياته خبرٌ عنْهم فسافر بها فضاعت، إنَّه ضامن. (هـ). ثم اتى بنص المدونة على نحو ما قدمناه قائلا بعده : وأقره أبو الحسن على ظاهره. قال : والذي في الخرشي أنه إذا ذهب

بها لم يضمن. وانظر من اين اتى به، ونقل عن المسناوي أن الحق التفصيل، وهو انه إن غَرَّبَهَا بأن جاء وقت مخوف فالضمان، وإلا فلا. وظاهر ما في التوضيح والمدونة اطلاق الضمان وهو الظاهر. (هـ). وأما الرسول فأشار في المختصر لضمانه بقوله : «ورجع على القابض»، قال أبو زيد الفاسي ما نصه : في نقل الشارح عن ابن القاسم، ثم له أن يرجع على الذي قبضها فياخذها منه، ثم ذكر خلاف أشهب، ومثله قوله في الشامل : «ورجعَ إن غرم خلافا لاشهب»، لكن زعم الاجهُوري انه مخالف للمدونة. والذي فيها عدم الرجوع. قال، ويحتمل أنَّ قوله ورجع اي ربُّها على القابض اذا قامت البنية على الْأمر. (هـ). ونحوه في حاشية الشيخ الابار ونصه. قوله «ورجع على القابض» عطف على قوله «وحلفت» بتقدير معطوف اي وحلفت وغرِم، ورجع على القابض، تأمله. وبعد هذا التكلف هو مخالف للمدونة، إذ لم يجعل له فيها الرجوع على القابض. ووجهُهُ أنه يعلم انه قبض قبضا صحيحا وان رَبّهَا ظلمه، فلا يظلم هو القابض، وما رأيت احدا اعترضها، فانظر ذلك. ويحتمل ان قوله «ورجع عَلَىالْقابضِ»، راجع لقوله إلَّا لبينَةٍ على الْأمر، أي إذا قامت البينة فلا ضمان على المودع، ويرجع ربها على القابض اذا كان قبضه على غير وجه الهبة ونحوها، وشهدت البينة بذلك، وعليه فلا إشكال، لكنه بعيد ولم نره منقولا. (هـ).

وفي شرح أبي علي عندما تقدم عن المتن ما نصه : المدونة لم تذكر هذا هنا، ولا تكلمَ عليه أبو الحسن هنا اصلا وإنما ذكرها في الوديعة بعد هذه المسئلة حيث قال ما نصه : «ومن أودعته وديعة فأتاه رجل يزعم انك أمرته بأخذها فصدقه ودفعها اليه فضاعت، فالدافع ضامن، فإن ضمنه كان له الرجوع على آخذها منه. (هـ). لكن قال أيضا : الصحيح الذي تشد عليه يدك، أن قول المتن «ورجع على القابض» صحيح فقهه، وهو الذي في اللخمي وهو الذي يشير اليه في النوادر، ووجهه هُوَ قول ابن يونس : إلا من ظلمك، وأغرمني بِسَبَبِكَ، ثم قال : وهذا هو المذهب. قاله بعد أن زيف غيره. فانظره. وقال شيخنا بناني : إنه يرجع المودَع بالفتح على القابض ولو صدقه، وعرف الخط والْأمارة كما في النوادر عن ابن المواز قائلا : ولا يمنعه من ذلك ــ أي الرجوع ــ تصديقُه فيما اتى به، ولو

عرف صحة ما جاء به، وانه يشهد بذلك. ونحوُه لابن سهل، فقول اللخمي : «يسقط رجوعُ المودَع بالفتح على القابض إذا اعترف (أي القابض أنه قبض بوجهٍ صحيحٍ، وأن المودع ظالم...الخ، اختيار له، مخالِف لما ذكر، انظر (طفى)، وقد نقله الحطاب ولم ينبه عليه. (هـ).

وسئل ـــ أي الحائك ـــ ايضا عمن ادعى الوديعة على غير أهلها فأحكَمه.

فأجاب : إنه يكلف اثبات ما ادعى، فإن عجز عنه حلف المدعى عليه من غير تفصيل، على ما جرى به العمل. وفي المعيار عن المازري : الدعوى في الوديعة، المعتبرُ فيها تَطَرُّقُ الشبهة، فإن أتَى المدعي بوجه يليق ويشبه توجبت اليمين، وإن لم يشبه ولم يلق، انتفت اليمين. (هـ).

وسئل أيضا عَمّن كتب بخطه أنَّ عنده امانةَ فلان من عصر الورد، ما بعنا الا قزازة واحدة ولم يبين عددها ومات بِبرٍّ النصارى.

فأجاب : إن ثبت الخط بموجب الثبوت كان كإقراره كما لمالك في العتبية وغيرها، ويصدق الذي يثبت إقرار الميت له بأنه وجّه إليه كذا مع يمينه ان أشبه، ويكون ذلك له في ماله كما لابن رشد في نوازل الوديعة من المعيار، ونحوه فيها لابن الحاج، ونصُّه، وأما الشهادة بإقرار الميت بأن فلانا وجهَ اليه متاعا ولم يُسَمِّ لهم مقداره، فإن ادعى الطالب ما يشبه أن يوجه مثله مع مثل المتوفى، ولم يظهر في ذلك ما يوهن قوله، فيحلف في مقاله الحق مع الشهادة على الاقرار من المتوفى، ويستحقه، وإن ادعى من ذلك ما لا يشبه لم يمكَّن من اليمين وحلف ورثة المتوفى انهم ما يعلمونه وجَّهَ مع موروثهم شيئا الا من كان منهم صغيرا أو تحت ولاية، فلا تلحقه يمينٌ. (هـ).

وسئلت عمن أودَعَ مفتاح بيته عند رجل وفيه حوائج من نحاس وثياب وغير ذلك، فلما جاءَ من السفر وحاز منه المفتاح ودخل البيت لم يجد فيه تلك الحوائج فسأله عنها، فقال : لا أدري إلا أن أخي كان يدخل للبيت، فأثبت أنه

من اهل الخيانة، ونغرم لك تلك الحوائج، وإلا بنتك فلانة كانت تدخل للبيت ايضا ولم أدر ما اخذت.

فأجبت : الحمد لله، حيث اقر المودَع عنده انه ما أعطى المفتاح الا لأخيه ولبنت المودِعِ ولم يدر ما أخذت من الحوائج، فهو مفرط، لان المودع إنما رضي بأمانته فقط ولم يرض بأمانة أخيه ولا ابنته، فإعطاؤه المفتاح لهما تفريط منه يوجب عليه غرم الحوائج، ولا سيما قوله : ولم يدْرِ ما اخذت بنته من الحوائج، ففيه إشعار بالتقصير، وقد كان الواجب عليه المحافظةَ على البيت بتفقد الحوائج حتى يدري ما اخذت البنت منه، قال الحلوي في تحفة القضاة بأحكام الرعاة : ذكر الزرقاني في كتاب العارية انه يجب على الامناء تفقد الامانة التي تحت ايديهم وإلّا غَرِمُوا، ثمّ قال : وذكر في الدر النثير أنه لا فرق بين الراعي والمودع عنده في موجباتِ الضمان هكذا جعلها قاعدة عامة. (هـ). وأيضا اعطاؤه مفتاح البيت لاخيه هو إيداع منه لحوائج البيت عند أخيه، وهو موجب للضمان كما صرح به في المختصر، فقال : وضمن بإيداعها، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عمن دفع لآخر سلعة ليبيعها له في بلد كذا وأطلق له في بيعها فباعها ثم اتجر في ثمنها لنفسه.

فأجاب : ان الربح له، لأن الثمن صار بيده بمنزلة الأمانة كما أفاده شروح المتن، وأفصَحَ به منهم : الشيخ عبد الباقي، وما قالوه في البضاعة هو فيما اذا أبضعه على الشراء كما في شراح المختصر وغيره، خلافا لمن توهم أنْ لا فرق بينهما.

وسئل أيضا عن حمار معلوم بالأمانات جاءه رجلان بأمانتين بعد أن شد حملا له فقال لهما : إن موضع الامانات قد فات، فحتّما عليه، فقال لهما : ليس عندي موضع أجعلهما فيه إلا القراب الذي أجعل فيه البطاقات، فجعلهما في القراب المذكور بمحضرهما وبمَرْأى منهما، وكل ذلك بمحضر شاهد مقبول.

فأجاب : حيث كان الوضع بمحضرهما على نحو ما سطر أعلاه من

شهادة للشاهد به فلا ضمان على حامل هاتين الأمانتين، حيث لا تقصير ولا تفريط ولا مخالفة ولا وقع منه تعدٍّ عليهما كما أفاده المتن وأفصح به غيره. وقصارَى ما عليه، اليمينُ على ذلك وعلى التتميم، أي تتميم الشهادة، لأنهُ إنما شهد بذلك واحد، حيث خالفا فيما له أشير، على أن من لم يؤمر بوضع الأمانة في شيء لم يضمن إن وضعها بمحل يأمن وضع ماله به كما في المعيار عن ابن مطروح، وفيه عن المقامي أنه لا يلتفت الى فعله في ماله وإنما ينظر إلى فعل الناس، وعلى الأول الزرقاني، وسلمه محشيه وقراب الحمار معد لذلك عنده أو وعند الناس حيث لا ضخامة للامانة، والله الموفق. (هـ).

وبعد أن قام الحمار بالفتوى المذكورة كتب على ذلك بعض فقهاء الوقت بضمانه، وصحح له، مستدلا على المصحّح بالفتح بما لا يقاوم أدلة الأول، ونصّ التصحيح.

الحمد لله، صحيحٌ المذكور اعلاه، سيما وقد قال ابو علي في حاشيته : وأما الحمارون الذين يحملون السلع من بلد الى بلد كفاس وتطوان، فالقياس تضمينهم، لأنَّهُمْ يَحْمِلون ما يغاب عليه، والناس محتاجون إليهم، وقد نصبوا أنفسهم، كالصناع، غير أنهم لم يوذن لهم أن يفعلوا في السلعة شيئا، فربما يبعدون من الضمان، لا سيما والصناع مختلف فيهم، وإن كان تضمينهم هو المذهب. فإذا كانوا يضمنون السلعة المقدمة لانها ربما تظهر عند بيعها فأحرى المكيلات التي لا تُعْرَفُ، والله أعلم. ونص التصحيح الثاني : الحمد لله، ما تقيد بمحوله من تضمين الحمار المودع لتقريره بما استودعه، صحيح، فإنه وإن شهد الحمّارة والتجار ان وضعها فيه جرت العادة به، وإنه محل لها، ففي شهادة الحمارة إطلاق، وفي شهادة التجار تغيير ذلك بوقت الضرورة، وإن كانا خبرين فيُرَدُّ المطلق الى المقيد، فيخص بوقت الضرورة الذي هو موضوع النازلة على ما شهد به العمارتي المطعون في شهادته كما ذكر في غير هذا، والسراج القائم بإقرار ربها بوضع الحمار اياها في أقراب، فالشأن في القراب الذي يكون فيه ما يخاف عليه ان يحمله الحامل في عنقه بين كتفيه أو تحت إبطه لا أن يعلقه على الدابة.

نعم، ان كان يثقل عليه وشق عليه، فالحمل عليها عند ارادة الرحيل لينقله عند نزوله وحط احماله الى ما هو أَحْرَزُ وليس في شهادته به ولا في شهادة غيره من الحمارين والتجار ما يؤذن بتركها به مع إمكان نقلها الى أصون والعرف قاض بنقلها عند إمكانه وبوجوب حفظها، فهو بيِّن على ما هو مقرر، ولا حجة له في سكوت ربها عند وضعها لاعتماده على ما اعتيد من حمله على كاهله أو محتضنا له. وما في جواب ابن مطروح والمقامي المنقول في المعيار لا يأباه بل يوافقه، بل نقل بعده عن أصبغ بن خليل الضمان، وحكم به قاضي قرطبة سليمان بن أسد، اعتبارا بأن ما وضع فيه ليس محلا له وهو شاهد للنازلة، فيضمن الحمار ما استودعه لتغريره، ولا تفيده شهادة من شهد بإقرار المودع ولا بأن العرف وضعها فيه عند الضرورة، لان لفظهم وفحواه اي اللفظ يدل على ان وقت انتفاء الضرورة تكون في حرز مع اعتياد الناس لذلك، وليس ذلك في كل وديعة، ولا سيما مع ما قاله شيخ شيوخنا أبو علي في تأليفه في تضمين الصناع ونصه : وأما غير حامل الطعام كالحّمارين الذين يحملون السِلع من فاس الى مراكش مثلا وبالعكس، فالقياس تضمينهم، لانهم يحملون ما يغاب عليه، والناس محتاجون اليهم كالصناع، فلا فرق بينهم وبين الحمالين الذين نصبوا انفسهم لذلك وهم معروفون وهم المسّمون الحمارين، وقد رأيت ما قدمناه. (هـ). قال تلميذه سيدي المامون أفلال قاضي تطوان ما نصه : فرجعت القضية الينا فكتبنا فيها بعد هذه الاجوبة بعد الاستفتاح ما نصه. وبعد فإن النازلة المحدِّثَ عنها من باب الودعة، ومعلوم انه لاضمان فيها الا إذا ثبت تفتبنا فيها بعد هذه الأجوبة بعد الاستفتاح ما نصه. وبعد فإن النازلة المحدِّثَ عنها من باب الوديعة، ومعلوم انه لاضمان فيها إلا إذا ثبت تفريط أو تعد كما في المتن وغيره، قال أبو عمر في كافيه : لا يضمن الوديعة أحد ممن أُودعت عنده إلا أن يتعدى فيها أو يضيع ما كلف من حرزها، ونقله ابو علي، وفيه ايضا ما نصه : وفي وديعة المعيار أن وضع الوديعة يرجع فيها للعادة، وقاله غير واحد هنا. (هـ).

والحاصل أن المودَع لا يضمن الا اذا حصل منه تفريط أو خالف ما

الناسُ عليه، وهو معتاد عندهم. وهذا الحمار حيث شهد له أن أرْباب الصنعة الحمارون فإن القراب من محمل الأمانات، وحرز لها فلا تفريط إذاً، إذ لعل هذا امر معتاد عندهم في صنعتهم، وإن كان عند غيرهم ليس معتادا فيعمل على ما قال أرباب الصنعة، لأن شهادتهم مقدمة على شهادة غيرهم من التجار وغيرهم، لِأن كلِ فرقة من شهود البينتين لها عرف وعادة تختص بها دون غيرها، والحكم يتبع الأعراف والعوائد وجُوداً وعدما كما هو مقرر، وقراب الحمار ليس كمطلق القربان كما يظن ذلك من لا يعرفه، بل إنما يخبئ فيه ما كان عنده أكيدا مثل البطاقات وغيرها حسبما يعلم ذلك بالمشاهدة. وما أجاب به ثالث المجيبين من ان جواب ابن مطروح والمقامي لا يأباه، بل يأباه وهو حجة وشاهد لهذه النازلة.

ونص جواب الأول : ينظر إلى فعل صاحب الحانوت فيما له، فإن كان يُخَلِّفُ جل بضائعه مع رهان الناس في ذلك الحانوت مع هذه الوديعة فضاع هذا وهذه فلا شيء عليه، وإن كان مضى إلى بيته ببضاعته إلى أن قال : وتَرَكَ الوديعة، فهو ضامن.

وجواب الثاني وهو أمس بالنازلة ما نصه :

لا يلتفت الى فعله في ماله ولكن ينظر الى فعل تلك الأسواق وذلك الموضع، فإن كانوا إذا أودعوا الدنانير والدراهم المصرورة تركوها في تلك الاسواق، والموضع مامون، فلا شيء عليه، لأنه فعل ما يفعله العامة وما عليه أهل السوق أجمعون، وإن كان فعله هو خاصة وليس الجميع عليه فهو ضامن. ألَا ترى أنه إنما ضمنه الاول إذا ذهب ببضائعه وترك بضائع الناس، والثاني إنما ضمنه حيث خالف فعلُه فعل الناس، وهذا الحمار حيث وضعها فيما يضع فيه أمانته، ووافق فعل غيره من الحمارين فلا شيء عليه كما يؤخذ من هذين الجوابين، وفيه أيضا بعد جوابه أنه لا شيء عليه مطلقا، وما ذكرُوه من حكم قاضي قرطبة بفتوى اصبغ بن خليل مما يشهد لهذه النازلة ايضا، لأنه إنما ضمنه حيث كانت حانوت البقال ليست محلا للامانات، وأما لو كانت محلا فلا ضمان عليه حسبما يعلم كل ذلك بالوقوف عليه. وما قاله ايضا من رد المطلق الى المقيد انما يتم له ذلك اذا كان

القائل متحدا، وأما حيث كان الشاهد بالاطلاق الحمار والمقيد التاجر فلا رد، لأن كل واحد لَهُ عرف يخصه دون الآخر. وما ذكره عن أبي علي هو في غير النازلة كما يدرك ذلك بأدنى تأمل، وذلك انه ذكره فيما يحمله بالكراء لا فيما استودعه كما هو ظاهر. ولئن سلم فقياسه لا يرد نصوص أهل المذهب. وأما ما قاله المجيب الاول فهو كلام نشأ عنْ غير تأمل، والثاني لم يقل شيئا، والله أعلم. وكتب محمد المأمون أي قاضي تطوان أمنه الله.

ثم كتب سيدي عبد الرحمان الحائك رحمه الله بعد جوابنا هذا ما نصه :

الجواب أعلاه صحيح فقها وإجراءً ورداً وإغراءً،جارٍ عَلَى ما كتبناه مرتين، وصححه مفتي الوقت وعلَّامته حسبما كلّ ذلك بيد ماسكه، فطلبُ غيره عَيٌّ في غير المنزع، إذ المراد قراب البراءة وهو مصون عن الأيدي مكنون لا تمسه الكلاب ولا غيرها. وما نقله المجيب اعلاه يليه من المعيار هُو في محل النزاع، وغيرُه تمويه، وعلى ما نقلناهُ، عُرْفُ الحمارين المتبع، وغيره لا يضر ولا ينفع، وما نقله عن ابي علي في تضمين الصناع وغيره عنه في الحاشية هو كذلك فيهما ذاكراً له على طريق الْإجراء والنظر لا على انه المذهب، ولا على أن به العمل بل هما على خلافه، والله الموفق. (هـ).

وقع السؤال عمن اعترف بأنه حازَ من القائد فلان وأخيه فلان جميع الحوائج التي هي كذا وكذا، وهي كثيرة جدا، على وجه الحفظ والامانة يمكنهما منها في أي وقت احتاجاها شهد عليهم بذلك وهم بأكمله وعرفهم، وفي وقت كذا، فلان وفلان. وبعده أدّيَا فقُبِلا وأعلم به النائب في الأحكام فلان. (هـ).

الحمد لله، حضر لدى شهيديه العدلانِ شاهِدَا شاهدُ الرسم اعلاه باعترافهما وهما السيد علي بن الجلاني وابن عمه السيد محمد ابن قدور، وبعد ما رأيا رسم الامانة والحفظ اعلاه وقرآه من أوله إلى آخره أشهدا معا ان تلك الشهادة هي لهما والخط فيها خط الاول منهما، وكذا الشكل الاول هو له ايضا، والشكل الثاني هو للثاني منهما، كما حضر معهما السيد محمد بن علي النائب في الأحكام

بقبيلتهم، وبعد ما أمعن النظر في الخطاب أعلاه أشهد أنه خطابه من غير شك في ذلك ولا ريب، شهد عليهم بأتمه وعرف بهم، وفي كذا فلان وفلان، وبعده اديا فقبِلا وأعلم به نائب قاضي الجماعة فلان. (هـ)، ومات القائد وأخوه والامين الحائز منهما وطالت المدة، والآن قام ورثتهما عَلَى ورثة الامين بهذه الشهادة، فهل تفيد أو لا.؟

والجواب : الحمد لله، الشهادة أعلاه لا تفيد شيئا قطعا، بل هي والعدم سواء شرعاً، لكون شهيديها وقاضيها مجهولين، إذ فلان وفلان لا تعْيِنَ فيهم ولا تبيين، وقد نصوا على منع الحكم بشهادة المجهول كما قال في اللامية :

شهادة معروف لمعروف إن جرت   على مثله والشيء معروف إقبلا

وإلا فلا...الخ.

وقال الفشتالي في وثائقه : لا يجوز للقاضي أن يحكم إلا على معروف لمعروف في معروف بشهادة معروف. وأما شهادة العدلين الأخيرين بأنهما حضر لديهما العدلان الشاهدان ذلك الرسم باعترافهما وأشهداهما أن تلك الشهادة لهما إلى قولهما : وعرف بهم، فباطلة، لكون هذين العدلين الناقلين عنهما لم يعرفاهما ولا خطهما، بدليل قولهما باعترافهما وعرف بهم، وحيث كان المنقول عنهما مجهولين كخطهما كانت شهادتهما لا طائل تحتها، إذ الحكم بشهادة المجهول ممُنوعٌ كما تقدم، ومن الجائز أن يكونا غيرهما، وإنما تسميا بهما. على أنه وإن سلمنا أن تلك الشهادة صحيحة لا غبار عليها فلا تعتبر ولا توجب حقا، لأن الأئمة نصوا أن من عنده قِراضٌ أو وديعة إذا مات ولم يوصِ بهما ولم يوجدا في تركته بعينهما وطالت مدتهما نحو عشرة أعوام أنه لا يقضَى بهما على التركة بل يحمل في الوديعة على ردها لربها، وفي القراض على الخسارة، وكلام المختصر في باب الوديعة كافٍ في ذلك، ونصه ممزوجا بكلام الزرقاني : «وبموته ولم يوص ولم توجد في تركته» فإنه يضمنها أي يؤخذ عوضها من تركته الا لكعشر سنين من يوم الإيداع، فلا ضمان عليه، ويحمل على أنه ردها لربها. وقال الزرقاني على قول المختصر : «ومن

هلك وقِبَله كقراض أخذ وإن لم يوجد، وحاصّ غرماءَه»، ما نصه : محل الضمان والمحاصّةِ حيث لم يوص ولم يطل الامر كما قدمه في الوديعة بقوله وبموته، ولم يوص ولم توجد لهما لكعشر سنين، وأما اذا طال الامر كعشر سنين، فقال ابن عبد السلام : إنه مذكور في الوديعة ويتخرج مثله في القراض، بل هو أولى من ذلك، لإذنه للعامل في التصرف فيه فيحمل على الخسارة، والبضاعة كذلك.

قلت : وإسقاط المصنف للقيد هنا إما لأولوية القراض كما قال أو لعدم نص أهل المذهب عليه، وهو انما يبين ما به الفتوى. (هـ). ولما نقل الشيخ ميارة في شرح التحفة عن المدونة أنها قالت. قال مالك : «ومن هلك وقبله قراض وودائع لم توجد ولم يوص بشيء، فذَلِك في ماله ويُحَاصُّ به غرماءه.

كتب عليه أبو علي ما نصه : أي ما لم يتقادم كَعَشْرِ سنين، بدليل قول المختصر في الوديعة : «وبموته ولم يوص ولم توجد في تركته إلا لكعشر سنين» والقراض والوديعة من باب واحد في هذا. (هـ). وقال التسولي على قول التحفة :

وهو إذا أوصى به مصدق... ما نصُّه : مفهوم أوصى أنه إذا لم يوص بشيء فإنه يؤخذ من تركته ما ثبت عليه منه بإقرار أو بينة وإن لم يوجد، وحاص غرماءه، لكن محله إذا لم يتقادم عهده كعشرة أعوام، كما قال خليل في الوديعة، «وبموته ولم يوص ولم توجد إلا لكعشر سنين.» (هـ). ونصوص العلماء بهذا المعنى كثيرة، وفيما ذِكر كفاية، وهي كلها دالة على أن الرسم المشار اليه غير معتبر، والله أعلم.

فإن **قلت** : كما ان المسئلة مقيدة بعدم الطول، كذلك هي مقيدة بعدم قيام البنية وإلا فلا تبطل الوديعة ولو مع الطول. قال الزرقاني : فالعشر طول إن كانت الوديعة ثابتة بإقرار المودَع وأما بينةٌ حين الإيداع، مقصودةٌ للتوثق أو بينة عليه، بِهذا بعد انكاره، فلا يسقط الضمان ولو بأزيد من العشر أو استمر حياً.

قلت : ما ذكر هو في البينة المقصودة للتوثق أو بينة قامت عليه بعد الإنكار كما ترى، وليست نازلتنا من ذلك، تأمله، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه

تعالى المهدي لطف الله به. ووافق على هذا جماعة المفتين بفاس، منهم السيد العباس التازي، والشريفان : سيدي عبد السلام العلوي وسيدي المامون العراقي وغيرهم، وعارَض ذلك من لا يُعتد به ممن ينسب نفسه للفتوى وهو لا يفقهها.

فأجبت ثانيا : الحمد لله، لا مزيد على ما قدمناه وبكلام الائمة ايدناه، من أن الطمع في اخذ تلك الوديعة من الأيتام هو من الامور الْأشعبية، والاعتماد على تلك الشهادة ايضا هو من الخيالات الواهية، ولو لم يكن في النازلة إلا قول ابن الحاجب : «ومتى ماتَ ولم يوص بها ولم توجد ضمن. قال مالك : ما لم تتقادم كعشر سنين.» (هـ). لكان كافيا، لأنه نص صريح في عين النازلة، سِيَمَا وقد تبعه غير واحد كالمختصر حيث قال : وبموته ولم يوص، ولم توجَدْ في تركته الا لكعشر سنين. (هـ). والعشر سنين معتبرة من يوم إيداعها كما في الزرقاني، وعليه فكيف يتوهم اخذها وقد مر عليها ما يقرب من عشرين سنة، وقد سلَّم كلامَ المختصَر شراحه، واحتج به أبو علي بن رحال في حاشية التحفة، وقيد به المدونة حيث قال : أي ما لم يتقادم كعشر سنين ــ بدليل قول المختصر في الوديعة، «وبموته، ولم يوص ولم توجد في تركته الا لكعشر سنين»، والقراض والوديعة من باب واحد في هذا. (هـ). ونحوه قال التسولي، لكن محله اذا لم يتقادم عهده كعشرة أعوام كما قال خليل في الوديعة : «وبموته ولم يوص ولم توجد الا لكعشر سنين.» (هـ). وأما قول من قال : إن في حضور شاهدي الرسم كقاضيه لدى عدول هذه الحضرة غُنْيَةٌ عن الرفع عليه...الخ، فغير صحيح، لأن العلماء اشترطوا في الرفع على الخط المعرفة القاطعة له كما قال في المختصر : إن عرفاه كالمعين أي إنما يرفعان على الخط إن عرفاه معرفة تامة كمعرفة الشيء المعين فلا يشهد على الخط الا بالقطع انه خط فلان. هذا قول ابن القاسم، وهذان الشاهدان هنا لم يعرفاه ولا كاتبه، وإنما شهدا على ما قاله لهما الرجال الثلاثة المجهولون، وهذا ضروري البطلان إذْ حضور ثلاثة رجال من البادية لدى عدلين بفاس، ويقول اثنان منهم : نحن الشاهدان لهذا الرسم، ويقول الثالث : أنا القاضي الذي أديته، لا يفيد شيئا لِاحْتمال ان يكونوا كاذبين. قال الشيخ التاودي على قول التحفة : وخط عدل

مات أو غاب اكتفي. فيه بعدلين...الخ. ما نصه : يَشْهَدَانِ على الخطِ إن عرفاه كالمعيّن، وأنه أوقعها في حال العدالة وقبول الشهادة، ولم يزل على ذلك في علمه الى ان مات أو الى الْآن إنْ كان غائبا. ثم قال : لا بد أن يكون فطنا عارفا بالخطوط ممارسا لها، فتأمل، هل تجد واحدا من هذه الشروط في ذلك الرفع. وأما قوله : إن سكوت ربها تلك المدةَ كان لمانع لانه كان مقبوضا بسجن مراكش، فباطل ايضا، بل لا فرق بين المقبوض في السجن وغيره، فإذا مضت تلك المدة فيحكم بردها، على ان قبضه بسجن مراكش لا يمنعه من طلب وديعته بأن يرسل وكيلا يقبضها له هُنَا، اي بفاس.

وأما قوله : إن تلك البينة مقصودة للتوثق، فأعجَبُ مما قبله، لكونه عرفها بالإشهاد، أي مِن أشْهد الرباعي، والواقع في الوثيقة شهد الثلاثي، وبينهما كما بين الضب والنون. إذ الإشهاد من قبيل الاصل، وشهد الثلاثي من قبيل الاستِرعاء. وقد قال الزرقاني على قول المختصر في باب الوديعة : «كعليك إن كانت لك بينة مقصودة» ما نصه : للتوثق، بأن يقصد بها أن لا تقبل دعوى المودَع (بالفتح) الرد بدونها، ويشترط عِلم المودَع (بالفتح) بها فلا تكفي بينة الاستِرعاء، ثم قال : ولا عبرة ببينة الاسترعاء، فيقبل معها دعواه الرد. (هـ).

وقال أيضا على قول المختصر : «إن أشهد بها عند الأخذ»، ما نصه : ويعتبر فيها قصد التوثق في الدفع، ولذا عبر بأشهد رباعيا، إيذانا بكونها مقصودة للتوثق من الدافع للآخذ، وسلم له ذلك المحشِيان. ونحوه قوْلُ الخرشي : الصواب زيادة همزة في قوله : ان شهد بها عند الاخذ من باب أشهد رباعي حتى تؤذن باشتراط كونها مقصودة للتوثق، وهي التي أشهدها خوف دعوى الرد لَاثُلاثي، لأنه يقتضي أنها لو كانت على سبيل الاتفاق يكفي، وليس كذلك. (هـ). فظهر بهذا ان شهد الثلاثي ليس من التوثق في شيء، وإنما هو من الاسترعاءِ الذي يقبل معه دعوى الرد.

وأما قوله : قال في البهجة : البينة المقصودة للتوثق هي ما يقع الإشهاد فيها على كل من القابض والدافع معا، فباطل من وجهين : أحدهما أنه مغايِر لنازلتنا،

اذ فيها الشهادة وَكلامُ البهجة فيه الاشهاد، فالنازلة من الاسترعاء، وكلام البهجة من قبيل الاصل. قال في البهجة على قول التحفة :

ويشهد الشاهد بالاقرار من غير إشهاد على المختار...

ما نصه :

فهي في موضوع المصنف استرعائية، وتُصَدَّر وتصدر وثيقتها بِأَقَرَّ واعترف لدينا ونحو ذلك. (هـ). وقال أيضا عند قولها : وحل عقد شهر التأجيل... البيت ما نصه :

وعجزه أي الاسترعاء فِعل لا غير، كقوله : شهِد بما في الرسْم من حضر لذلك او عاينه ونحو ذلك. اهـ. ونحوه في اليزناسني وابن الناظم وغيرهما. وبالضرورة أن هذه الشهادة مصدَّرة باعترف، وعجزها شهد فهي استرعائيةٌ قطعا.

ثانيها ان ما فسر به في البهجة البينة المقصودة للتوثق خلاف الراجح عند المتأخرين من انها التي قصد بها ان لا يقبل قوله في دعوى الرد الا ببينة. قال الزرقاني على قول المختصر : «وصُدِّقَ في الرد كالمودع» ما نصه : والبنية المقصودة للتوثق هي التي أقامها خيفةَ دعوى الرد بِأنّ يُشهدها انه اذا ادعى رد الثمن أو السلعة أو رأس مال السّلَم أو دفع المسْلَم فيه أو الوديعةَ أو نحو ذلكِ لا يصدق. (هـ). وسلمه محشياه. وقال بعض المحققين : البينة المقصودة للتوثق التي حررها العلماء رضي الله عنهم ما قاله اللخمي، ونصُّه : ان كان القبض ببينة ليكون الرد ببينة فلا يَبْرَأ الا ببينة، وإن كان الاشهاد خوف الموت لياخذها من تركته أو قال المودع : أخاف أن تقول : هي سلف فأشهد لي إنّها وديعة وما أشبه ذلك مما يعلم انه لم يقصد التوثق من القابض، فيكون القول له في الرد بلا بينة. نقله المتيطي وابن عرفة والحطاب وأبو علي وابن هلال وغيرهم. وقال الحطاب ما نصه :

تنبيه : يشترط يعني في المقصودة للتوثق أن يعلم المودع ان قصد المودع بالبينة التوثق، ثم استشهد بكلام اللخمي. وقال سيدي علي الاجهوري ما نصه :

والمراد بكونها مقصودة للتوثق أن يقصد المودع بالكسر بالاشهاد أنه لا يقبل دعوى الرد من المودَع بالفتح، وأما إن كان إشهاده خوف الموت لياخذها من تركته أو يقول المودَع : أخاف أن تقول : هي سلف فأشْهد أنها وديعة، وما أشبه ذلك مما يعلم انه لم يقصد بها التوثق، فإنه يصدق في دعواه الرد.

وقال أبو علي في شرحه ما نصّه :

تنبيه : معنى البينة المقصودة للتوثق هي ان تكون البينة مُعْلِمة للمودع عنده ونحوه بأنه لا يصدق في الرد الا بإشهاد، ويشترط فيها أن يكون المودَع عنده ونحوه يفهم هذا المعنى، حتى حتى اذا ادعى الرد بعدها لم يقبل منه، لأنها كالشرط عليه انه لا يبرأ من المال إلا بالاشهاد عليه، كما كتب عليه أولا. وَلذلك قال في المعونة لما قرر المسئلة ما نصه : وإلا فلا فائدة في الإشهاد. (هـ). وصدق رحمه الله، والحطاب أشار لشيء من هذا. انتهى بلفظه.

وقال الفيشي ما نصه : البينة المقصودة للتوثق هي التي يشهدها خيفة دعوى الرد، ويشترط أن يعلم المودَع أن قصد المودِع بالبنية التوثق. قال أبو علي عقِبه : وهو حق لا شك فيه ولا مِرْية، بل تنبيهُهُ على ذلك فيه غاية البغية، وإلا فقد أكل في هذا أموال من قضاء القضاة الجهال والعلم عند الكبير المتعال. وبعد أن نقل كلام الفيشي قال بعده ما نصه : ومن تأمل النصوص السابقة وجدَها كلها شاهدة لما قاله الفيشي، وكلام الفيشي سبقه إليه الحطاب بقوله. تنبيه : وقول الفيشي يُعْلَم المودَع، يُقرا بالبناء للمفعول، يؤيده قول أبي علي أن تكون البينة معلِمة للمودَع عنده. وقال الشيخ عبد الباقي عند قول المتن في القراض : «أو قبض بلا بينة» ما نصه : ويفهم مما مرّ أن ما يقع من بعض الموثقين ليس من القبض ببينة مقصودة للتوثق، وهو كما في الشيخ احمد عن أبي الحسن : إنَّ رب المال إذا أراد أن يدفع قراضا لشخص، يامره أن ياتيه بوثيقة من عند الشهود، فيذهب العامل لهم يكتبون له حجة بأنه أشهد على نفسه بأنه تسلم من فلان قدر كذا، من النقد قراضا، فياتي بها يدفعها لرب المال ويسلمه له حينئذ. (هـ). نصه، وسلمه محشوه بناني وابن سودة والرهوني وهم من التحقيق بمكان، وفي الدر النثير ما نصه :

وسئل رحمه الله، يعني أبا الحسن، عن رجل أشهد على نفسه أنه أخذ قراضاً من رجل ولم يحضر المشهود له وهو رب المال، هل يصدق، إذا قال : رددت ذلك، أم لا؟

فأجاب : نص عبد الحق وغيره أنه يصدق حتى يحضر رب المال في الوديعة والقراض، ويقول : إشهدوا انه قبض، وحينئذ لا يقبل دعواه الرد الا بإشهاد، وأما كونه أشهد على نفسه وحده فليس بإشهاد الا خوف الموت مثلا، وذيل ذلك ابن هلال ونقل بعده كلام اللخمي وسلّمه.

فتحصل من هذا أن البينة المقصودة للتوثق هي التيْ حضر رب المال مع العامل عند الشهود قاصداً الإشهاد عليه مع فهم العامل وإعلامه أنه لا يبرأ إلا بإشهاد، فإن انتفى قيد من هذه القيود فهي غير مقصودة للتوثق، وذلك كالاسترعائية والمتبرعِ بها، والاشهاد خوف الموت أو جحد الورثة أو خوف ادعاء السلف من المودع، وليس مقصود الناس في وقتنا الا ما نقله الزرقاني عن أبي الحسن، وهذا إن شاء الله لا يخالف فيه الأَمَن لم ينصف أو لم يتأمل النصوص السابقة، والله ولي التوفيق بمنه وكرمه. (هـ).

وسئلت عمن ادعيَ عليه بوديعة فأنكرها فوجبت عليه اليمين. فافتاه من لا معرفة له بعدم وجوبها عليه، فردَّ عليه بعض الفقهاء وافتى باليمين.

فأجبت عقبه. الحمد لله، المسطر أعلاه من وجوب اليمين على المدعَى عليه المنكِر للوديعة، صحيح لا غبار عليه، لأن هذه دعوى بمال، وكل دعوى كذلك تجب فيها اليمين، لقول الشيخ ميارة : ضابط الدعوى التي توجب اليمين هي التي يوجد فيها أمران : أن يكون في الإقرار بها نفع للمدعي وفي النكول عنها نفع للمدعى أيضا، ففي دعوى المال ينتفع المدعي بإقرار المدعى عليه، ولا إشكال، وبنكوله أيضا، فيحلف ويستحق، وأصله في التبصرة لابن فرحون، ونظمه في العمل الفاسي كما نظمه ميارة أيضا في تكميل المنهج وقال في التحفة :

والمدعَـــى عليـــه باليمين   في عجـز مدع عن التبـيين

قال سيدي عمر الفاسي في شرحه : هذه القاعدة إنما هي في الحقوق المالية لا فيما لا يثبت إلا بعدلين.

وقال صاحب البهجة في فصل في حكم الحوز من شرحه للتحفة ما نصه : تقدم أنَّ الدعاوي كلها توجب اليمين بدون خلطة على المعمول به، ولا يستثنَى من ذلك إلا الدعاوي التي فيها مَعَرّة كدعوى السرقة والغصب على من لا يليق به ذلك فيؤدب المدعي ولا يمين على المطلوب. (هـ). ونصوص الائمة بهذا المعنى كثيرة لا حاجة إلى التطويل بها. وأما قول اولئك الفقهاء المفتين : وحيث أنكر المدعَى عليه ذلك، أي الوديعة، فيراعَى في توجيه اليمين عليه شروطهما. فغير صواب، لأن تلك الشروط إنما هي في إسقاط ثبوت الخلطة على المشهور الذي دَرَجَ عليه في المختصر حسبما افصح به شراحه، بمعنى ان من ادعى الوديعة على أهلها مع بقية الشروط توجهت له اليمين على المدعى عليه من غير إثبات خلطة. وأما إن اختل بعض الشروط فلا تتوجه له عليه إلا بعد إثباتها، فاليمين متوجهة على كل حال، إلا انها مع وجود تلك الشروط تجب بلا خلطة، ومع انتفاء الشروط فلا بد من إثباتها، وهذا ظاهر جدا حسبما قاله المفتي الاخير عن الزرقاني حيث قال : فيحلف المدعى عليه بدون ثبوت الخلطة: (هـ). والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وأجبت عن معارضة هذه الفتوى بما نصه :

الحمد لله، تأمل كاتبه ــ وفقه الله بمنه ــ المكتوب اعلاه، فألفاه لا محصول له، وذلك ان دعوى الوديعة هي من دعاوي المال المتفق على وجوب اليمين فيها، إلا أن تكون الدعوى لما فيه معَرة كالسرقة والغصب على من لا يليق به، وأما مَا عدا ذلك فكله تجب فيه اليمين بلا خلاف، وتقدم في كلام الشيخ ميارة ضابط الدعوى التي توجب اليمين، وبالضرورة إن دعوى الوديعة داخلة فيه، وإنكاره جهْلٌ أو عناد، وقد صرّح ابن فرحون في التبصرة بأن الوديعة تجب فيها اليمين، ونصّه : فإن ادعى عليه العُروضَ والثياب من بيع أو وديعة أو عارية، فاليمين واجبة على المدعَى عليه، وإنْ ادعاها من طريق غصب أو عَداء، فإن كان المدعَى عليه من أهل العَداء والتُّهم لزِمته

اليمين، وإلا لم تجب عليه يمين، وهو نظير قول البهجة : إن الدعاوي كلها توجب اليمين بدون خُلطة على المعمول به، ولا مستثنى من ذلك إلا الدعاوي التي فيها معَرة، كدعوى السرقة والغصب على من لا يليق به ذلك، فيؤدب المدعي ولا يمين على المطلوب.(هـ). وقد صرح الرّعيني أيضا بأن الوديعة مما يثبت بشاهد واليمين، ونصه في كتاب الدعوى والإنكار : ويحكم بالشاهد واليمين في كل حَقٍّ يدعيه الرجل على صاحبه من بيع أو شراء من اي السلع كان، من دور أو أرضين أو حيوان اي حيوان كان، أو رقيق أو ثياب أو طَعَام أو كِراء أو إجارة أو شركة أو معاوضة أو مساقاة أو مقارَضة أو جُعْل أو صناعة أو سلف أو وديعة أو غصب أو وكالة في شيء مما ذكرناه، مما يكون مالًا أو يؤول الى مال. (هـ). وعليه فكيف يتوقف احد في وجوب اليمين على من أنكرها. وأما قول من قال : إن اليمين لا تتوجه فيها على المنكِر لكون الدعوى غير معتبرة أمِمّا تكذبها العادة والعرف، وكل ما تكذبه العادة فهو غير معتبر شرعا، فكيف تتوجه اليمين...الخ، فباطل.

أما أولا، فإن دعوى الوديعة على أهل الحوانيت لا تكذبها العادة بل هي محتمِلة للصدق والكذب، ولم يقل ذلك احد من اهل العلم ولو شاذا، وقد قرن ابن فرحون في غير موضع من تبصرته دعواها بالبيع ونحوه المتفق على وجوب اليمين فيه، فلو لم تجب فيها اليمين لبطلت في دعوى البيع للمساواة، ولولا خشية الطول لنقلنا منه عدة مواضع فيها ذلك.

وأما ثانيا، فزعمه أن كل ما تكذبه العادة فهو غير معتبر، فكيف تتوجه فيه اليمين، غير صحيح، بل ما تكذبه العادة تجب فيه اليمين على الراجح عند المتأخرين، وهو من الشهرة بمكان، حتى إنه في الكتب المتداولة بين المبتدئين من صغار الطلبة والولدان.

قال في البهجة على قول التحفة : والمدعى فيه له شرطان : البيت ما نصه :

وبقيَ على الناظم شروط، فذكرَ منها كون العادة لا تكذب الدعوى احترازا من مسئلة الحيازة المعتبرة، فإن الدعوى لا تسمع فيها، وقيل : تسمع ويومر المطلوب بجوابها لعله يقر أو ينكر فيحلف، قاله الحطاب وهو المعتمَد كما ياتي في فصل

الحوز. (هـ).

وقال سيدي عمر الفاسي في شرحها أيضا : قد ذكروا لصحة الدعوى شروطاً، منها أن تكون الدعوى مما لا تكذبه العادة كدعوى الحاضر مِلك دار بيد أجنبي يتصرف فيها بالهدْم والبناء ونحوهما مع طول الزمان بلا مانع، كذا لابن فرحون وغيره.

قلت : فيه نظر، لاقتضائه أن الدعوى في الحيازة فاسدة، وأنها لا تسمع رأسا وليس كذلك، كيف وقد صرح ابن رشد بلزوم اليمين فيها. وقال الشيخ التاودي في شرحها أيضا نقلا عن ابن رشد ما نصه : مجرد الحيازة لا ينقل المِلك ولكن يدل عليه كإرخاء الستر فيكون القول للحائز بسببها مع اليمين. (هـ).

وقال الشيخ ميارة في شرحها أيضا نقلا عن ابن رشد : مجرد الحوز لا ينقل الملك من المحوز عليه الى الحائز باتفاق، ولكنه يدل على المِلك كإرخاء الستر ومعرفة العِفاص والوِكاء وما أشبه ذلك، فيكون بسببها القولُ قولَ الحائز مع يمينه. (هـ).

فكتب عليه أبو علي بن رحال ما نصه :

الراجح أنه لا يقضَى للحائز الذي وجدت الشروط التي يحكم له معها إلا بعد يمينه. وقال ميارة ايضا نقلا عن التوضيح : ظاهر قول ابن الحاجب بِغيرِ مسموعة أنه لا يمين على الحائز وهو ظاهر ما نقله ابن يونس وغيره، ثم قال : لكن صرح ابن رشد بأنه لا بد من اليمين. (هـ).

قال أبو علي في حواشيه على قوله، «لكن صرح ابن رشد لا بد من اليمين» ما نصه : تقدم أن هذا هو الراجح. (هـ). ورجح الشيخ الرهوني وجوب اليمين أيضًا، وأطال في ذلك على عادته ثم قال : وبتأمل ما ذكرنا تعلم صحة ما قلناه، فكيف بجميعه، وقد صرح أبو علي في الحاشية والشرح بأن الراجح وجوب اليمين. قف عليه. فقد أطال. ومثلُه لشارح العمل الفاسي قائلا : ونص اللائق يفيد أن عمل أهل فاس على لزوم اليمين، فتأمله واللهُ أعلم. (هـ). وأما قوله : إن الدعاوى كما هو مقرر في غير ما كتاب من كتب المالكية، ثلاثة، فمجرد تطويل بما ليس عليه تعويل، إذ قد ذكر الشيخ ميارة في شرح الزقاقية تلك الأقسام الثلاثة. وقال : إن العمل في القسمين الأخيرين على اليمين، ونحن قدمنا ترجيح اليمين في القِسم الأول أيضا عن غير واحد من

المتأخرين. وعليه، فالاقسام الثلاثة كلها تجب فيها اليمين، ولا يستثنى من ذلك إلا الدعوى بما فيه معرة على من لا تليق به.

وأما قوله إذْ المدار في الدعَاوي باعتبار توجه اليمين فيها وعدمه هو دلالة القرائن وقرب الدعوى وبعدها، فخروج عن الجادة، إذ المالكية بأجمعهم علقوا وجوب اليمين على كون المدعَى به مالا أو يؤول للمال، وهو علقها على القرائن، فَخَرجَ بذلك عن كلام اهل المذهب قاطبة، ولو اعتبرت القرائن في اليمين كما قال، لقضي للصالح على الفاجر بلا بينة إذا ادعَى عليه، ولم تجب يمين الانكار على الصالح إذا ادعى عليه فاجر، وذلك خرق للاجماع، لقول القرافي وغيره : أجمعت الأمة على أن الصالح التقي مِثل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، لو ادَّعى على أفسَق الناس درهما واحداً لا يصدق فيه، وعليه البينة، فهذا مما قدم فيه الأصل على الغالب، لأن الغالب أن الصالح التقي لا يدّعي إلا حقا. (هـ). ونظمه في التحفة بقوله :

والمدعِـي مطـالَب بالبينـة وحالة العموم فيه بينة. البيتين.

قال سيدي عمر الفاسي على قوله : «وحالة العموم فيه بينة» : معناه أن هذا الحكم وهو مطالَبة المدعِي بالبينة عام لا يختص به واحِدْ دون آخر فلا يثبت حق المدعي مع الإنكار بمجرد الدعوى ولو كان على غاية العدالة والصلاح، وكذا يقال في جانب المنكِر، تتوجه اليمين عليه، ولو كان أفجر أهل زمانه. (هـ). وأيضا لو سقطت يمين الإنكار بالقرائن لم تجب على الحائز المتصرف بِعشرَ سنين بالهدم والبناء مع حضور المالك وسكوته بلا عذر، فالقرائن هنا ظاهرة في كذب المدعي، ومع ذلك رجح الشيخ الرهوني تبعا لغيره وجوب اليمين. ونصُّه نقلا عن ابن يونس : ومن طريق النظر أن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها غير مقبولة. ولما كان الانسان في غالب الاحوال لا يحاز عنه شيئه، ويرى الحائز يتصرف فيه تصرف المالك بالهدم والبناء والإجارة والرهن وغير ذلك وهو حاضر معه، لَا مانع يمنعه من مطالبته ومدافعته، دل ان ذلك خرج عن ملكه، فإذا قام بعد سنين يطالبه ويقيم البينة أن ذلك على ملكه صار مدعيا لغير العرف، فلم يقبل قوله ولا ينظر الى بينته. والقول قول الحائز، وبالله التوفيق. (هـ). فوجه ذلك

بشهادة العرف، والمشهور انه كشاهد واحد تجب معه اليمين، وعبّر مع ذلك بقوله : والقول للحائز، وقد علم أن مصطلحهم في هذا غالبا مع اليمين. (هـ).

وأيضا لو كانت القرائن معتبرة في إسقاط اليمين على المدعى عليه لم يحلفها الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم، إذ لا يشك احد أنهم على الحق، ومن ادعى عليهم مبطل. قال في المفيد : إن عَلِمَ المدعى عليه براءة نفسه وطلبت منه اليمين فليحلف ولا يصالِحْ على شيء من ماله، وإن صالح أثِم. (ابن ناجي). ولَمّا نقلته في درس شيخنا أبي مهدي استغربه وقال على البديهة يرد نقلا، فإن أبا بكر وعمر حلفا، وعثمان صالح عن يمينه، ومعلوم كذِب من ادعى عليهم رضي الله عنهم، فالأمران جائزان. (هـ)، ولا يصح إهمال نصوص كلام المذهب قاطبة، لأجل كلام ابي علي بن رحال وحده، اذ المعتبر هو مذهب الجمهور. وأما القول الضعيف فلا يعمل به في القضاء ولا في الفتوى، والتفرد بالقول من علامات الضعف.

وأما قوله : ويدل لذلك ما قاله ابو علي في حاشية التحفة، فغيرُ صواب، لِأن أبا علي قد رجع عن ذلك في فصل الحوز، ورجح وجوب اليمين حسبما نقلناه عنه. وأما استدلاله بكلام الامام المازري رضي الله عنه، فمن نمط ما قبله،أمَّا أولا فإن الشَّبَه موجود هنا، لان المراد به ألا تكون دعوى المدعي مخالفة للعادة، وما هنا كذلك، اذ المدعي قال : إنه أراد الدخول للمسجد لأجل الصلاة فيه فأودع عند المدعَى عليه تلك الدراهم حتى يصلي ويرجع اليها، وهذا لا غرابة فيه ولا مخالفة لها، إذ كثيرا ما تكون بيد الانسان حاجة ويريد الدخول للمسجد أو الميضا حتى يقضي غرضه منهما ويرجع اليها، وقد ياخذ حاجة من صاحب حانوت لتقليبها بداره مثلا ثم ياتي بها لربها، فلا يجده بحانوته فيودعها عند جاره في الحانوت وما أشبه هذا مما لا يخفى حتى على أصاغر الولدان. وقول الإمام اللخمي : ليس الغالب من المقيم أن يودِع ماله إلا لسبب خوف أو سلطان أو سَفر، يعني المدة الطويلة. وأما المدة القريبةُ كاليومين والثلاثة والشهر، فيكون فيه الإيداع لما ذكره ولغيره.

وأما ثانيا فبتقدير أن المدعي في مسئلته خالف الشبه، فاليمين واجبة عليه على المعتمد، لان الشبه كشاهد عرفي فقط، وهو غير كاف في ابطال اليمين. ولعل الامام

المازري ممن يرى أن العرف يقوم مقام شاهدين، وهو خلاف المشهور كما ذكره غير واحد، فظهر بهذا ان الواجبَ شرعا هو حلف المدعَى عليه أو قلبها على المدعي وغرم الوديعة، والله اعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وفي نوازل المحقق سيدي العربي الزرهوني أنه **أجاب** عمن التزم قيمة بغل ظانا اللزوم ثم قام يدعي، جهل عدم لزوم الغرم له بما نصه :

الحمد لله، حيث ادعى المدعي المقر أنه جهل لزوم الغرم له، فلذا التزم بغرم قيمة البغل المرسل معه، وكان مثله يجهل ذلك فلا شك أنه يصدق في ذلك، ولا يلزمه ما لم يلزمه الشرع له.

قال ابن غازي في كلياته : كل من ادعى في إقراره وجها يحتمله اقراره صدق فيه. (هـ).

وفي الدر النثير : كل من ادعى الجهل فيما يجهله أبناء جنسه صدق فيه مع يمنيه. (هـ) وعلى هذه القاعدة يتفرع قوله في المختصر في الوصية إلا أن يجهل مثله انه جهل ان له الرد. وقوله في باب الرهن : وحلف المخطئ الراهن أنه ظن لزوم الدية.الخ...

وفي مسائل الإقرار من نوازل البرزلي : إذا اقر شخص معتمدا على صحة فتيا فقيه فاستبان خطأ المفتي، فإن الإقرار غير لازم. (هـ)، وهو شاهد صريح في المسئلة، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ).

وأجاب عقبه بعض تلامذة شيخ الجماعة في وقته بفاس، العلامة سيدي محمد بن عبد الرحمان الفلالي فقال :

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله. لا شك في صحة ما رسم أعلاه، للقاعدة المقررة في المذهب، المذكورة حيث أشير.

ففي نوازل البرزلي عن اللخمي فيمن توسط لغيره في شراء سلعة ثم رد عليه زائف فاصطلحا، إن كان يجهل ويظن أنه يلزمه وهو واسطة، لم يلزمه ذلك. (هـ).

وفي نوازل الأحباس من المعيار فيمن قيم عليه برسم فظن صحته فسلم، أن التسليم غير لازم له إذا كان يجهل بطلانه. (هـ).

وفي المعيار أيضا عن اليزناسني : الأكثرون كابن القصار واللخمي والمازري يذكرون أن من ادعى الجهل فيما يجهله مثله، صدق ولا يذكرون خلافا في ذلك. (هـ).

وفي نوازل الزياتي ما نصه : من سلم في شيء ظنا منه أنه لا يستحقه ثم تبين أنه يستحقه، فإن التسليم يلزمه.(هـ).

وفي فروق القرافي في الفرق الثاني والعشرين والمائتين فيما يقبل فيه الرجوع عن الإقرار ما نصه : ضابط ما لا يقبل فيه الرجوع، أن يكون لغير عذر عاي وضابط ما يقبل فيه الرجوع أن يكون هناك عذر عادي. كأن يقول الوارث للورثة : إن ما تركه أبوه ميراث بينهم، ثم جاء شهود أخبروه أن أباه كان تصدق عليه بهذه الدار في صغره، فإنه إذا ارجع وادعى أنه لم يكن عالما بذلك، فإنها تسمع دعواه وعذره، ولا يكون إقراره السابق مكذبا لبينته.

وفي البرزلي : من اقتسم تركة موروثه مع الورثة ثم وجد بينة تشهد له ببعضها أنه يحلف:ما علم ببينته إلى الآن ويستحق. (هـ) وتذكر قول المتن أيضا : «لا إن ثبت وجهل لزومه وحلف». وقوله : أو كونه يفسخ بالإطلاق، والله أعلم. (هـ).

وفي هذا المعنى ما وجد بخط العلامة المشارك سيدي مَحَمَّد بن عبد السلام بن حمدون بناني ونصه :

الحمد لله، الجواب أنه لا شيء مما صدر من الموصَى له، مما ذكر في السؤال اعلاه بقادح في الوصية، ولا عائد عليها بالبطلان، إذ ليس يلزم من البحث عن تجديد الرسم عند ضياعه أو من طلب الشهادة بمضمنه أو عن حكم الله في طلب ذلك واستثنائه إقرار بعدم الإيصاء، لا سيما مع ما فرض من جهل طالب ذلك، فإن عذر الجاهل لما يجهله أمثاله من الأمور البديهة في الأنظار الجلية الاعتبار كما هو مذكور في عدة مواضع من متن المختصر وغيره، وفي البرزلي والمعيار. وأصل المسألة للإمام مالك رضي الله عنه، حيث عذر رسولا دُفع إليه، كتاب مضمنه ياتيك حامله بعشرين دينارا، فأنكر الرسول الذهب، فقال له : إني أشهدت عليك فقال : إن دفع لي شيء فقد ضاع. فقال الإمام : ما أرى

عليه إلا يمينه، فروجع في المسألة فقال : ما أرى عليه إلا اليمين. فقال الأئمة : هذا من مالك رحمه الله، إنما هو في الجاهل، وهو الذي قيد به الرعيني أضرار المنكر بإنكاره حيث يعرف أن الإنكار يضره. قال : وأما إن كان ممن يجهل ذلك ولا يفرق فيعذر بالجهل. الحطاب. وما قاله الرعيني هو الظاهر. (هـ).

ومنه أيضا أي من خط ابن عبد السلام بناني ـــ ما نصه :

الحمد لله، المنكر اذا كان مثله ممن يجهل ذلك ولا يفرق بين ما اسلفتني وما أودعتني، وبين مالك عندي سلف ولا وديعة فيعذر بالجهل، إلا إذا بين له بأن قيل له : أنت تنكر هذا، فإذا قامت عليه البينة فلا تسمع بينتك، فإذا استمر على ذلك فحينئذ لا تسمع بينته. الحطاب. وما قاله الرعيني ظاهر. (هـ).

وأصل المسئلة لمالك حيث عذر رسولا دفع اليه كتاب مضمنه : ياتيك حامله بعشرين دينارا، فأنكر الرسول الذهب، فقال له : إني أشهدت عليك، فقال : ان دفع لي شيء فقد ضاع. فقال ما أرى عليه الا يمنيه، فروجع في المسألة فقال : ما رأى عليه إلا يمينه. (هـ). قال بعضهم : أرى هذا من مالك إنما هو في الجاهل الذي لا يعرف أن الإنكار يضره، كذا نقله الرعيني في الإقرار والإنكار في الوديعة. وأما عذر الجاهل فيما يجهله امثاله فمذكور في المتن في عدة مواضع، وفي نوازل المعيار والبرزلي. (هـ).

نوازل العارية

سئـل أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك عمن أعار لآخر مكحلة الزناد ليحضر بها عرسا فكسرها.

فأجاب : إنه ان فعل ما يجوز له فلا ضمان وإلا ضمن. قال في المدونة : ومن استعار سيفا ليقاتل به، فضرب فانكسر لم يضمن، لأنه فعل ما اذن له فيه، وهذا ان كانت له بينة أو عرف أنه معه في اللقاء وإلا ضمن.(هـ). وقال عيسى بن دينار واختاره ابن حبيب : إنه يصدق إذا أتى من ذلك بما يشبه، ويرى انه انكسر في العمل الذي أعاره فيه، يريد مع يمينه. قاله ابن رشد، جاعلا هذا القول أولاها بالصواب، وعليه تجري نازلتنا، فينظر فيما كسرت فيه، هل هو مما اعارها له أم لا، والسلام.

وسئلت عن رجل استعار فرساً ليسافر عليها، فلما ردها لصاحبها ادعى انه ردها معطوبة مقذوفة بها دَبَرٌ كثيرٌ، فأنكر ذلك المستعير، وقال : إنما به دبر يسير، فماتت الفرس بعد أيام، فشهد بيطاران انها ماتت من الريح الذي أصابها في الدَّبَـــر.

فأجبت : الحمد لله، لا ضمان على المستعير بالملصق أعلاه، لأنه مصدق في قوله انه ردها، أي الفرس ، بها دبر خفيف. لأن المعير إئتمنه عليها لما دفعها اليه يسافر بها وحده، ولا شك ان الدَّبَر الخفيف لا يوجب الضمان، لأنه لازم للسفر غالبا. وقلَّ أن تخلو عنه دابة فهو كالمدخول عليه. قال ابن القاسم في المدونة : ولا يضمن أي المستعير ما لا يغاب عليه من حيوان أو غيره، وهو مصدق في تلفه، ولا يضمن شيئا مما أصابه عنها إلا أن يكون بتعديه. ابو الحسن : ظاهره وإن اشترط المعير على المستعير الضمان. ابن رشد. وأما ان شرط المعير الضمان على المستعير فيما لا يغاب عليه أو مع قيام البنية فيما يغاب عليه، فقول مالك رحمه الله وجميع اصحابه ان الشرط باطل جملة من غير تفصيل. وإلى هذا اشار في المختصر بقوله : لا غيره ــ أي لا غير ما يغاب عليه، وهو الذي لا

يغاب عليه ولو بشرط. نعم لا بد من يمنيه لقول الحطاب. قال الجزولي في شرح الرسالة : ولا يضمن ما لا يغاب عليه من عبد أو دابة وهو مصدق في هلاكه، ويحلف، متهما كان أو غير متهم. (هـ). وأما بينة أرباب البصر حوله الشاهدة بأن سبب موته الم الريح، فلا تعتبر لأن شهادة البياطرة بعد موت الحيوان لا تقبل الا ان كانوا عدولا كما قيد به شارح العمل قوله : وبتساهل بأرباب البصر : البيت ونصه : محل قبول غير العدول من ارباب البصر ان كان الحيوان المشهود بعينيه حيا والا فلا يقبل في ذلك غير العدول. وأتى في ذلك بنقول، مقتصرا فيها على ذلك، وأيضا قولهما : سبب موته الم الريح، فيه مجازفة ظاهرة، من اين لهما انه مات من ذلك ولم يروه الا بعد موته وأسباب الموت غير محصورة في الريح. وقد جرى العمل بأن شهادة العامي لا بد فيها من بيان مستند علمه والا فلا عبرة بها كما في حاشية الرهوني في باب الشركة والله اعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وقع السؤال عمن استعار دابة ليحمل عليها حطبا من محله، ثم إن المستعير مكنها مع بهائم أخر لآخرين يحملون عليها، فذهبوا بالجميع لمحل مخوف وتركوا غير المخوف، فاتصل بهم اللصوص، فأخذوا لهم الدواب والثياب، فهل يعد ذلك تفريطا منهم، وتقوم عليهم الحجة بذلك أو لا؟ جوابا شافيا، والسلام.

الحمد لله، **الجواب** :

إن الدابة المستعارة المشار إليها أعلاه حيث وقع التغرير بها والذهاب للمكان المخوف، فذلك عداء وتفريط، يوجب على المستعير ضمان قيمتها لربها يوم التعدي إن تلفت، لمخالفته ما هو محمول عليه من الأمانة.

ففي الحطاب عند قول خليل : وضمن إن خالف. الخ... نقلا عن ابن عبد السلام : أنه ـــ أي الشيء المعار ـــ يصير في ضمانه مطلقا، قامت بينة بهلاكه أم لا، كان مما يغاب عليه ام لا، سيما حيث مكنها لغير أمين. ففي المختصر : «وضمن إن أكرى لغير أمين، أو عطبت بزيادة مسافة أو حمل تعطب به»، والله أعلم. وكتب أبو بكر المنجرة. (هـ).

وبعده، الحمد لله، حيث أقر المستعير للدابة أعلاه أنه دفعها لغيره يحتطب

عليها من المكان المخوف، فلما ذهب بها أخذها له اللصوص أو ثبت ذلك عليه ببينة، فذلك تعدٍّ منه وتفريط موجب لضمان قيمتها لربها يوم التعدي كما بالجواب اعلاه. وفي التحفة عطفاً على ما يضمن فيه المستعير العارية.

أو ما المعار فيه قد تحققا تعد أو فرط فيه مطلقا

أي كان مما لا يغاب عليه أم لا.

والحاصل أن المستعير للدابة أعلاه يضمنها لربها، إذا ثبت عليه تعد وتفريط بماذكر، والله أعلم، وكتب عبد ربه تعالى محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته ومنه.

ومن نوازل الزياتي

وسئل ، يعني الإمام سيدي عبد الله العبدوسي عن رجل أعار دابة لجاره ليتسوق عليها زرعا من موضع، فحملها المعار له إلى موضع الزرع وعمر تليساً وحمله عليها، وأرسلها مع أمه مع رجل آخر، فقال السائق : إنها توعرت في شق في الارض فانكسرت من رجلها هناك، ثم وقف عليها المعار له فتركها ولم يسقها ولم يعنها بشيء، فمكثت نحو ستة أيام، فأكلتها الذئاب وهي حية، فهل يجب على المعار له غرم أم لا؟

فأجاب : القاعدة الفقهية أن عارية ما لا يغاب عليه من الحيوان كالدابة التي ذكرتم، فالمستعير أمين عليها ومؤتمن فيها، فلا يلزمه ضمانها أو ضمان ما نقص منها إلا أن يصدر منه تعدٍ أو تفريط، وذلك يكون اما بمخالفة شرط شرطه ربها عليه، أو بمخالفة عادة أهل ذلك الموضع، فتضيع أو تهلك أو تنقص بسبب شيء من ذلك، فإذا اشترط عليه مثلا أن يحملها بنفسه ولا يأتمن عليها غيره فدفعها الى غيره ضمن، وكذلك ان جرت العادة بذلك، وإن لم يشترط ذلك عليه ولا جرت به عادة فلا ضمان عليه.

نعم، لما وجدها قد انكسرت فإن قدر على تعريف ربها بحال كسرها أو قدر علِى سَوقها من غير مشقة فادحة ملحقة اذا لم يجد ربها، فهنا يلزمه الغرم، ولا بد من بيان صفة الكسر، إذْ أحكام ذلك مختلفة لا تسعها هذه البطاقة. والسؤال لا

يكون إلا ملخصا إلى جهة واحدة وإلا كان فيه تلقين الخصم الحجج، وبالله التوفيق. (هـ).

وسئل كاتبه عمن استعار دابة من غيره ليسافر بها الى ثغر تطوان فأعاره له لذلك، وحين رجع من سفره أخذها له اللصوص فيما أخذوا من القافلة، فهل لا ضمان عليه لكون الدابة مما لا يغاب عليها، سيما وقد قامت على أخذها البينة، أو كيف الامر؟ جوابا شافيا مأجورين، والسلام.

فأجاب : الحمد لله، الجواب، والله الموفق بمنه، أنه لا ضمان على المستعير المذكور ولو لم تقم بينة على هلاكها، فكيف مع قيامها، لأن الدابة مما لا يغاب عليه، وقد قال في المختصر : «وضمن المغيب عليه الا لبينة لا غيره ولو شرط». (هـ). والله أعلم، وكتب عبد ربه تعالى محمد بن ابراهيم كان الله له بمنه.

وبعده، الحمد لله، ما رسم أعلاه من انه لا ضمان على مستعير الدابة المذكورة ولو لم يقم على هلاكها بينة، صحيح. ففي كتاب العارية من المدونة : ولا يضمن ما لا يغاب عليه من حيوان أو غيره. ابن ناجي بعد كلام : وظاهر الكتاب أنه لو اشترط على المستعير الضمان فإنه لا يعمل عليه وهو نصها في كتاب الرهن. ثم قال : والفتوى بعدم إعماله مطلقا. (هـ). ابن رشد : وهو قول مالك وجميع أصحابه حاشا مطرفا. (هـ).

وفي التحفة :

وما ضمان المستعير يجب الا بقابل المغيب لم يقم
بينة عليه أنه عدم

وحينئذ فلا ضمان على المستعير المذكور، لأنه لا يضمن ما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار ولو بشرط، إلا أن يثبت عليه تعد أو تفريط، وهما منتفيان هنا، والله أعلم. وكتب العربي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ).

وأجاب سيدي عبد الله العبدوسي عمن استعار فرسا من ربه فركبه، ولعب

عليه مع الخيل فعطب بما نصه :

إن أثبت الذي عطبت الفرس تحته أن ربها أذن له في اللعب عليها ودفعها في موضع غير مخوف ولم يعنف عليها تعنيفا يخاف أن تعطب فيه فلا ضمان عليه، وكذلك اذا رآه ربها يلعب عليها ولم ينكر عليه ذلك مع إمكان الانكار عليه إن لم يثبت شيئا من ذلك، فإن كانت الفرس لا يلعب عليها لضعفها أو يلعب عليها ولعب عليها في موضع يخاف أن تعطب في مثله أو جرت العادة أن مثل تلك الفرس إنما تعار للركوب لا للعب فهو ضامن لقيمتها، والأصل انه متعد في لعبه حتى يثبت ما يسقط عنه العداء، وبالله التوفيق. (هـ).

وسئل كاتبه وفقه الله عن رجل أعار قريبا بغلا له ليحمل عليه أعوادا من موضع مسمى فزاد به المعار على الموضع المسمى، وفي المسافة المزيدة نهر فيه حفرة عميقة جرى على طرف الطريق فحمل الأعواد على البغل المذكور وعدة بغال اخرى، وتأخر عنها وأطلقها مع الطريق وهي مثقلة بالأحمال والأعواد الطوال، فلما خاضت البغال النهر، تزاحمت في المضيق قرب الحفرة، فوقع فيها البغل المذكور ولم يكن مع البغال من يسلكها واحدا واحدا في المضيق، ولا من يقطع الحبل ويزيل الحمل عن البغل ليخرج من الحفرة، فغرق فيها ولم يقدر على الخروج لكونه مثقلا بالحمل، فمات ولم يلحقه المعار حتى وجده ميتا، فلما قدم للبلد اعترف بما وقع، واشترى لقريبه المعار بغلة دفعها له، وجاءه بها أخو المعار. وقال له : خذ هذه عوضا عن بغلك، فاستحيى ان يغرم قريبه البغل فامتنع من قبولها، وردها فردوها اليه مرات، وحلفوا له لتاخذنها، فقبلها وقبضها، إذ قالوا أنت مسكين وفعلت خيرا فلا نضيعك، فلم يزل يتصرف فيها تصرف المالك وهي تنسب إليه على وجه الملك، وكل ذلك بعلم المعار وعلى عينه وبرضاه على ما دلت عليه القرائن الواضحة، فلما مضت نحو ثمانية أشهر، قام المعار يريد ارتجاع البغلة من المعير، هل له ذلك ام لا؟

فأجاب وفقه الله : إنه ليس له ذلك ولا ينفعه اعتذاره بأن أخاه هو الذي باشر دفع البغلة للمعير، ولا بأنه جهل الحكم وظن ان الغرم يلزمه، والآن سأل عن الحكم فقيل له : لا يلزمه ،لأن المستعار الذي لا يغاب عليه هو في ضمان المعير لا المعار، وإنما لم يكن له ردها لامور ثلاثة :

أحدها ؛ زيادته على المسافة المأذون له فيها وذلك من التعدي الموجب للضمان كما في المختصر وغيره.

وثانيها؛ تركه الدواب وحدها وتأخره عنها في ذلك المضيق الذي يخشى منه الهلاك على الدواب ان لم يكن معها من يسلكها، وقد ذكر لي انه ماتت فيه دواب قبل هذا، وذلك تفريط، والتفريط يوجب الضمان ولو على المودع الذي هو آخذ لمجرد منفعة الدافع، فكيف بالمعار الآخذ لنفع نفسه فقط حسبما صرح به غير واحد من الفقهاء وأرباب القواعد كالزقاق.

وثالثها ؛ أنه قد فاصل المعير ورضي بدفع البغلة له ولم يسأل ليعلم الحكم وسكت طول المدة المذكورة، فلو فرض انه لا يلزمه الغرم لعدم التعدي وعدم التفريط لم يبق له كلام، وعدَّ متبرعا على قريبه ومحسنا اليه كما احسن قريبه اليه بالعارية.

وقد نص ابن عرفة وغيره ان من دفع ما لا يلزمه، فإن كان بحكم حاكم تبنى خطأه لم يلزمه ذلك وله رده، وإن كان دفعه بلا حكم فليس له رده، وعدَّ كالمتبرع، إذ لو شاء لتثبت على خلاف في هذا الوجه الأخير، إن ادعى الجهل، وكان مثله يجهل ذلك، وحلف أنه ما دفع الا لاعتقاده اللزوم، ولكن هذا الخلاف يظهر انه لايجري في النازلة، لأجل القرائن الكثيرة الدالة على قصد الرفق والصلة للمعير والتفريط. واما مع ثبوت أحدهما فلا خلاف في اللزوم، ولو لم تكن القرائن المشار اليها والله تعالى اعلم. وكتب أحمد بن عبد العزيز غفر الله له، وقد تقدم مني جواب مخالف لهذا لمخالفة سؤاله لهذا السؤال، فكان الجوابان على قدر السؤال،

والفقه في نفسه غير متخالف، وإنما تخالفت الحكايتان من السائلين.

وحاصل الجواب الاول، أنه لا ضمان على المعار إلا إن ثبت تفريطه أو تعديه ولم يذكر سائله أنه دفع البغلة ولا أنه زاد في المسافة ولا ترك البغل وحده.

وسئلت عمن ادَّعى أنه يسقي جنانه من الماء الخارج من جنان جاره فلان، وغرس عليه أنواعاً كثيرة من الثمار والأشجار مدة تقرب من ثلاثين عاما، فقطعه عليه الآن عدوانا وظلما لغير موجب، فأنكر الجار أن يكون السقي من جنانه إنكارا كليا، فأثبت المدعي انه يسقي غرسه من جنان جاره نحوا من ثلاثين عاما، فاستظهر المدعى عليه ببينة ان السقي إنما كان على سبيل العارية فقط.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت ببينتي اللفيف والعدول ان الجنان المذكور منذ غرس وهو يسقى من الماء الخارج من جنان الجار المذكور إلى ان بلغ حد الإطعام وبعده، مدة من نحو ثلاثين عاما، وأنه لا ضرر عليه في سقي الجنان من ذلك الماء، وأن تركه بلا سقي يؤدي الى يبسه، فلا يجوز له قطعه الآن، ولو ثبت ان الماء الذي غرس عليه هذا الجنان، إنما كان عارية في أصله. أما أولا فإن العارية هنا على الدوام، فمن أعار ماء فاضلا عنه لغيره فغرس عليه، ثم أراد قطعه عنه، فلا سبيل له إلى ذلك إلا أن يضطر إليه. قال في المفيد نقلا عن ابن عبد الغفور : وحكى محمد بن سحنون عن ابن كنانة فيمن أعار رجلا فضل مائه، فغرس عليه غرسا حتى حيي، ثم أراد قطعه عنه، لم يكن له ذلك أبدا، إلا أن يقل ماؤه، أو يحدث غرساً لا يستغني عنه، فأما ليعطيه غيره أو يضاره فلا. قال سحنون : وهو خلاف القاعة يعيرها الرجل للبنيان، هذا ليس له ان يخرجه حتى يسكن من الزمان ما يعلم انه أعاره اليه. (هـ).

وفي نوازل ابن هلال ما نصه :

وفي أول رسم من سماع عيسى فيمن له ماء وفيه فضل يجري على قوم تحته

في أرضهم، فغرس من تحته عليه، ثم بدا له ان يحفر له بركا ــ جمع بركة وهي الحفرة المسماة بالكَلتة ــ ليحبسه فيها عنه، ليس ذلك له. ابن رشد. هذا كما قال، لقوله ﷺ : لا ضرر ولا ضرار. ومن الضرر البين منعه ما لا حاجة له فيه، فيصرفه فيما لا منفعة له فيه. (هـ). وأشار له صاحب المغارسة بقوله : وكمنع جارك من سقي شجرة بفضل مائك. قال في شرحها. قال في سَماع محمد بن خالد : من غرس على فضل ماء رجل يعطيه منه، فيعظم الغرس، فيريد رب الماء قطعه عنه، فليس له ذلك إلا ان يحتاج اليه. ثم قال في سماع عيسى من ابن القاسم : من غرس بماء قوم قريب من ارضه، فنبتت به شجرة وهم يعلمون، فأرادوا حبس مائهم، فقال لهم : تركتموني حتى غرست ليس لهم حبس ما فضل عنهم إلا أن يحتفر بئره أو عينه. ومثله للشيخ التاودي في أجوبته.

وفي جواب للشيخ الرهوني أيضا :

وأما ثانياً، فإن مقصود المانع هنا من السقي بالماء الفاضل عنه، هو الضرر لا غيره، لأنه إن لم يسق به جاره، ذهب للخندق من غير أن ينتفع به أحد، وقد نصوا على أن مانع الماء ضررا لا يجاب لمراده، ولا يسمع لقوله.

وأما قول أرباب البصر: ظهر لهم بدليل نظرهم وما أدى اليه اجتهادُهُم ان لا ماء له، فغير معتبر ولا يفيد شيئا، لوجود شهادة العدول واللفيف بأنهم يعرفون الجنان المذكور يسقى من ذلك نحو الثلاثين عاما. ومن المعلوم أن قول أرباب البصر إنما يعمل به إذا لم توجد بينة كما نص عليه شراح التحفة والرسالة، وهو في نوازل سيدي العربي بردلة أيضا. فإن وجدت البينة بالقطع كما هنا فلا، لأنهم يشهدون بالظن فقط، والظن لا يقاوم القطع. وأيضا، فشهادة أرباب البصر نافية، فتقدم عليها شهادة العدول واللفيف، لأنها مثبتة. وأيضا، فشهادتهم بأن الجنان لا ماء له، مخالفة لما استظهر به المشهود له من البينة، بأن الجنان يسقى من ذلك الماء على وجه العارية. وأيضا، فلم يبينوا مستند الشهادة بما اداهم اليه اجتهادهم،

وهو أمر لازم لا بد منه في شهادة العوام. ولذا قال التسولي : الواقفون على الحدود والجنات ونحوها يجب عليهم أن يذكروا الدلائل التي استندوا اليها. أما قبول قولهم : ظهر لنا من غير بيان كما عندنا في هذا الزمان، فمن الاستخفاف الذي لا يختلف فيه اثنان. (هـ). والله أعلم، وكتبه المهدي لطف الله به.

قلت : في نوازل التسولي ما نصه :

سادتنا أئمة الاقتداء ونجوم الاهتداء، سدد الله انظاركم، ونور أفكاركم، جوابكم الشافي عن هذه العصابة الذين يكترون الحمامات التي لجانب الاحباس بمدينة فاس، ويتولون خدمتها حرفة، من كونهم ياتون ناظر الأحباس أول العام ويكترونها منه بوجيبة معلومة لجميع شهور العام، ولا يزالون يدفعون الشهر بعد الشهر طيبة بها نفوسهم، فإذا تم العام وانقضى وطرأ عليهم من يشوش بالزياة في الحمامات تزايدوا معه، وتنافسوا فيها وظهرت منهم الرغبة والغبطة فيها، حتى يبلغ كراؤها ضعف ما كان عام أول، وإذا لم يطرأ عليهم ما يشوش، ربطوا الاتفاق بينهم على أن لا يزيد بعضهم على بعض، وشدوا الحمامات وأغلقوها وأبطلوا خدمتها، وعطلوا على الأحباس منفعتها، وأبقوا في داخلها متاعهم وعدتهم وحوائجهم، واتخذوها في حال شدها مقيلا ومبيتا لهم ولجماعتهم، وطبخ مأكلهم، فإذا طالبهم الناظر بتجديد العقدة عليهم قالوا : لا يكون ذلك الا إذا حط عنا من كراء عام أول ربعه أو ثلثه أو شطره من غير حادث طرأ على البلد، ولا سبب يوجب نقصان ما كان من العدد، فإذا امتنع الناظر من ذلك وألزمهم إما العقدة بما كان أولا، او رفع اليد عن الحمامات وإخلائها من متاعهم وعدتهم لتكرى للغير، أدلوا بعادة استنبطوها بينهم من تلقاء انفسهم وقالوا : لا نخرج منه ولا ننقل عدتنا حتى يدخل على الحمام ويكريه ويشتريها منا، وقد كانوا تحيلوا على بقاء الحمام بأيديهم، لتكثير العدة من أكواب وحمير ومزابل وغير ذلك مما يحتاج فيه لثمن خطير، كي يعجز من يتعاطى حرفتهم عن ذلك الثمن، ويبقى الحمام بيده بما شاء من

الوجيبة، فآل أمرهم إلى أنهم لا يكترون ولا يخرجون، ويبقى الحمام معطلا، وإذا تعطل صاح أهل حومته وغوغاء الناس وبعض من لا يستطيع دفعه، فيستعينون بهم على الناظر ويلزمونه إكراءه بأبخس ثمن، حتى صار ما كان يكرى بستة مثاقيل وسبعة يكرى بمثقالين. ومع ذلك يطلبون النقص، فهل ساداتنا يسمع منهم ما أدلوا به من هذه العادة الواهية التي ربطوا عليها ضرر الأحباس وتعطيلها على الوجه المذكور أو لا أثر لها، ويبقى الحكم الشرعي على أصله، وأن من اكرى ربعا وانقضت مدة الكراء، له اخراج المكتري وإكراؤه للغير، لما تقرر وتمهد وعلم أن الحمامات لا جلسة فيها، أجيبوا مأجورين مشكورين، والسلام.

الجواب ،والله سبحانه الموفق لإصابة الصواب؛ أن هذه العصابة تعصبت على الأوقاف فرامت أن توقعها على غير سنتها، وتسلك بها في غير منهجها، مستندة في ذلك إلى أعذار واهية وأسباب متلاشية، إذ ذاك من عدم السداد والمصلحة لجانبها. وقد قال الإمام الحطاب ما حاصله : لا يجوز لمن له التصرف في الأحباس من ناظر أو غيره التصرف إلا على وجه النظر، ولا يجوز على غير ذلك. (هـ). والأعراف والعوائد إنما يعتد بها إن لم تصادم الأصول والقواعد، وكراء هذه العصابة للحمامات من باب الوجائب، وليس محمولا على التبقية كالجلس والأجزية، فإذا انقضت الوجيبة فعلى المكتري أن ينقل عدده وآلته، وإن أفضى نقلها إلى إفسادها، كما يهدم ويقلع المكتري الباني والغارس بعدها ما بنى أو غرس، وقد قال ابن الحاجب : ولو استأجر للغرس أو البناء سنين فانقضت، فللمالك أخذه بقيمته مقلوعاً بعد إسقاط ما يغرم على القلع والإخلاء، قال في التوضيح : يعني فله أن يأمره بقلع بنائه كما في بناء الغاصب والمعار إذا انقضت مدة الإجارة. (هـ). فالمتعين على هؤلاء العصابة أن ينقلوا أمتعتهم من الحمامات بعد إمضاء الأمد وتشاد، أي ينادى عليها في موضع الزيادة، كي يرتفع كراؤها، ويغلو أو يتوصل إليها الخاص والعام، والداني والقاصي ممن يروم التوصل إليها والتسبب في أمر المعاش، وكل ذلك من باب المصلحة لجانب الأحباس والله تعالى أعلم. انتهى جواب بعض الفقهاء، وقد وضع شكله بالعلامة، فلم أتحقق اسمه.

الحمد لله .

الجواب أعلاه صحيح، وبصحته وصحة ما تضمنه من الفقه ونصوص الأئمة يقول عبد الله تعالى، علي الشدَّادِي كان الله له :

الحمد لله، ما سطر أعلاه من الجواب والتصحيح صحيح، قاله وكتبه عبد ربه الحسن بن رحال المعدَاني. الحمد لله، الجواب أعلاه صحيح، وحق لا مِرية فيه، وما استدل به المجيب اعلاه من الغرس والبناء صحيح، ونازلة السؤال أعلاه أحروية من مسألة الغرس والبناء المذكورة، وبيان الأحروية أنه إذا ألزم الباني والغارس المذكور بإزالة ما هو متشبث به، وفيه فساد جلي محقق، وذلك حيث لم يرد ان يعطيه رب الأرض قيمة ذلك منقوضا، فلأن يلزم الحمامي بنقل ما ليس بمتشبث به، ولا فساد فيه محققاً، وإنما هو متوهم، من بأب أولى وأحرى، وذلك واضح، ولوضوحه ترك أئمتنا رضي الله عنهم التعرض له، والله تعالى اعلم، وبصحة الجواب المذكور والتصحيحين بعده، يقول عبد الله تعالى أحمد بن احمد الشدَّادِي وفقه الله بمنه :

الحمد لله، ما سطر أعلاه جواباً وتصحيحاً صحيح، وكتب عبد الله سعيد العميدي كان الله له : الحمد لله، حَكَمَ من له الأحكام الشرعية حفظه الله تعالى بمحروسة فاس وهو فلان على من كانت تحت حوزه عقدة من حمامات الحبس الموقوف على جامع القرويين عمره الله تعالى بدوام ذكره أن يجددوا العقد إن أرادوا ذلك من ناظر الأوقاف المذكورة بما يصطلحون عليه من الوجيبة، حسبما جرى به العرف في جميع ما يكرى، وليس لمن كان مكترياً قبل هذا الأوان أن يمتنع من الخروج من حمامه إلى أن يجد من يقلب عليه آلات الحمام المذكور وما يفتقر اليه من خدمته حسبما أفتى بذلك السادات الفقهاء أدام الله وجودهم حسبما أعلاه، حضر من الحمامين المذكورين فلان وفلان واعترفا معاً بأن الشرع الكريم حكم بذلك كما حضر معهما ناظر الأوقاف المذكورة في حينه، ووافق على ما ذكر كله، الموافقة التامة، وذلك بعد التلوم والإعذار والإعجاز فيما استظهر به عليهم الناظر المذكور من فتاوى ساداتنا علماء الوقت وفرهم الله تعالى حسبما أعلاه،

عرفوا قدره، شهد به عليهم بأكمله، وعرف الناظر وانتصابه لذلك كما شهد على من ذكر دامت كرامته بما فيه عنه منَ أشهده من ذكر بما فيه، وهو حفظه الله تعالى بحيث يجب له ذلك من حيث ذكروا. في ثالث صفر الخير عام تسعة وعشرين ومائة وألف. (هـ).

ووقع **السؤال** عما كثر اليوم وشاع من بيع زينة الحوانيت وغيرها، ويسمونه بالمفتاح، وهو أن من كانت في يده حانوت للحبس على وجه الكراء، وأراد ان يخرج منها يقبض عدة دراهم من غيره، ويتخلى له عنها، ويمكنه من مفتاحها ويصير الامر فيها لهذا الثاني دون الاول، فهل لذلك أصل يعتمد عليه أو لا؟

والجواب أن لذلك أصلا وهو موجود في كلام الأئمة كثيرا.

ففي نوازل البرزلي ان ابن رشد **سئل** عمن له جزء في معدن ومعه فيه شركاء عدة، فادعى أحدهم أنه وهب هذا الجزء من المعدن على الإشاعة، وأقام على ذلك شاهدين لم يريا المعدن، ولا عرفا ما هو، ولم يحوزاه، والمعدن في موضع والشهود في آخر، واستظهر المدعى عليه بعقد يقتضي أن تلك الهبة إنما كانت صورة وإنما كان بيعاً والهبة تحيل بإجازته، هل هذه الهبة جائزة أو يبطلها الرسم.

فأجاب : إن باعه أو وهبه حظه من المعدن ولا نيل فيه الآن لكن يرجو الحائز العثور عليه فهو جائز، إذ ليس ببيع، وإنما ترك له بما أخذ منه ما هو أولى به من الطالب في ذلك الموضع لتقدم حفره فيه. (هـ).

قلت : هذا ونحوه يدل على ما يفعل اليوم بالبلاد المشرقية من بيع وظيفة في حبس أو نحوه، من مرتبات الأجناد، فإنه يرفع يده عنه خاصة، وقد كان يمضي لنا من أشياخنا أن هذا لا يجوز لوجهين : أحدهما أنه لا يملك الا الانتفاع لا المنفعة، فلا يجوز له فيها بيع ولا هبة ولا عارية.

الوجه الثاني : على تسليم جواز بيعه فهو مجهول لا يدرى بقاؤه فيه ولا قدر ما يستحقه، وتقدم نحوه في كتاب الجهاد، وأنه ليس بمعاوضة حقيقية. ومن شرطه أن يكون من أهل جنسه وديوانه، وقد وقعت لي مسئلة بالديار المصرية وذكرت

فيها أن أصحاب حبس المدارس والزوايا لا يجوز لهم بيع ولا هبة ولا عارية، ثم إني افتقرت لسكنى بعض المدارس أيام الإقامة فأعارنا رجل بيتا في مدرسة شيخور وأنا سائر للحج، وأعارني آخر أخرى في المدرسة المستنصرية بالقصارين بمجاورة المرستان بالقاهرة في حائط الرحبة، فأخذوا علي في ذلك أفتيت بالمنع وفعلته.

فأجبت بأني من اهل الحبس لكن سبقني فيه غيري، فإذا طابت نفسه يرفع يده زمانا أو مطلقا فهو جائز. (هـ).

قال الشيخ الرهوني بعد نقله : وما أفاده من كلام ابن رشد، من أنه يجوز لمن بيده معدن بإقطاع من الامام مثلا، إعطاؤه لغيره بعوض يدفعه له ويتولى دافع العوض العمل في المعدن، ويستبد بما يخرج منه، منصوص عليه في كتب المتقدمين والمتأخرين، بل كلام ابن مقلاش المنقول بالدرر المكنونة والمعيار، يفيد ان ذلك متفق عليه. ونص ما فيهما واللفظ للمعيار.

وسئل الفقيه أبو زيد عبد الرحمن ابن مقلاش عن اكتراء المكتري الملاحة البطحاء مدة معينة هل يسوغ أو لا، مع أن أمر الملح إذا أزيل من محل عاد كما كان بعد أسبوع ونحوه، لا سيما في شدة الحر، فأي جهل أعظم من هذا.

فأجاب : أما الملاحة فليس الكراء فيها بيعا كما توهمت، بل الكراء فيها لأجل رفع الحجر عنه مدة من الزمان، لأنها محجرة لمصلحة اقتضت ذلك، فإذا اقطعها الإمام أو من هو قائم مقامه لأحد مدة من الزمان، فإنما أباح له التصرف فيها كما فعل في المعادن فلا غرر. (هـ) منه بلفظه. ونقله سيدي عبد القادر الفاسي عقب كلام البرزلي السابق كالمؤيد له، فقوله كما فعل في المعادن مستدلا لمسئلة الحكم يفيد انه ــ أي المعدن ــ متفق عليه، وبيان وجه القياس الذي سلكه البرزلي ان مسئلة المعدن فيها غرر كثير، لأن دافع العوض لا يدري أيجد شيئا في المعدن أولا. وعلى تقدير وجوده لا يدري أقليل هو ام كثير، وأَجَيِّدٌ هو أم رديء، وهل تستمر حياة صاحبه إلى المدة التي دفع له العوض للعمل فيها أم لا، ومع ذلك فقد أجازوا له العوض، وجهه ابن رشد وغيره بأن العوض لرفع اليد وليس بيعاً حقيقياً. انظره.

وقال صاحب المعيار عقب نقل فتوى ابن مقلاش ما نصه : وانظر مسألة كراء الردود لصيادة الشابل فيكون مكتري الأرض على هذا لرفع الحجر عنها لأنها محجورة لحق أربابها. (هـ).

وقال العارف أبو زيد الفاسي : وأما الردود التي تكون لصيادة الشابل فقد جوزوا كراء ذلك لأنه كراء التصرف في ذلك الموضع بالإذن فيه من ربه، ورفع الحجر عنه، وذلك للإمام أو من أقامه مقامه، كما يجوز كراء معادن الملح من أربابها لأجل رفع الحجر عنها مدة لأنها محجورة لحق أربابها. (هـ). وقال شارح العمل الفاسي : انظر، هل يجوز بيع الردود بحيث تكون المنفعة للمشتري مؤبدة، ويجاب ـــ عما يقال من أن المقصود الذي هو السمك مجهول ـــ بأن هذا ليس ببيع حقيقي كما في بيع الماء المنخور من الحبال الذي لا يملك منه إلا الانتفاع ولا ينضبط بقلة ولا كثرة.

سئل عن ذلك الفقيه القاضي سيدي محمد المجاصي **فأجاب** بالمنع، ثم قال : وللجواز مسالك ثلاثة، فقال في الاول منها : إن هذا ليس ببيع حقيقة، ولكنه إعطاء شيء على رفع اليد عن حيازة ما حازته واختصت به. قال : وعليه يتخرج مسئلة المعادن والأجزية المنعقدة في مساطير الموثقين بلفظ البيع. (هـ). وانظر فتوى للشيخ ميارة، وأخرى لسيدي عبد القادر الفاسي في نوازله، وانظر شرح الزرقاني أول باب العارية، وانظر ما ياتي في نوازل الاجارة عن التماق والقرافي وغيرهما، والله أعلم.

نوازل الضرر والاستحقاق

تقدم آخر الجهاد أن اليهود يُمْنَعُون من أن يرفعوا بنيانهم اكثر من المسلمين، ويهدم ما يفعلون من ذلك ويؤدبون على فعله مع النهي عن العود اليه، ولا يكون فعلهم ذلك نقضا للعهد. انظره.

وسئلت عن جدار فاصل بين دار رجل تعرف بدار الراعي تبيت فيها الغنم للجزارين، وبين دار امرأة اثبتت هذه المرأة أن الجدار مختص بها وأنه متخرب من حك الغنم فيه وطلبت من الرجل أن يصلحه، وذلك في رسمين نص الاول منهما وقف شهيداه من أهل البصر على عين جدار فاصل بين بيت جوفي من دار زينب بنت الحبشي العمري، وبين دار الراعي، فألفيا هذا الجدار المذكور متخرباً من جهة دار الراعي المذكورة بسبب حك الغنم والمعز عليه.

ونص الثاني : وقفا أيضا على عين الجدار المحدث عنه أعلاه، ونظره نظرا شافيا فألفياه مختصا بزينب بنت الحبشي العمري من دارها المحدث عنها حيث أشير، لا يشاركها فيه أحد.

فأجبت : الحمد لله، شهادة أرباب البصر في الرسم الثاني حوله بأن الجدار المشار اليه مختص بزينب لا يشاركها فيه أحد، لم يذكروا فيها متسندا للحكم المذكور، ولا أبدوا وجهاً شرعياً لاختصاص المرأة به من العلامات الذي ذكر الفقهاء أنه يستدل بها على الاختصاص. قال ابن الرامي في كتاب الابنية ما نصه : وللعرف عندنا في الجدار ستة أشياء : الغمط، والباب يكون في الجدار وغرز الخشب، والكوة، والبناء على الحائط، ووجه البناء. (هـ) منه. وحيث كان الرسم خاليا من هذه الاشياء كلها فلا عبرة بها، وأيضا حكمهم بملكية هذا الجدار لزينب المذكورة ليس من شأنهم، وحسبهم وصف الجدار، وذكر العلامات الدالة على الاختصاص أو على الاشتراك والحكم إنما هو للقاضي لا غير، كما قاله

القاضي المكناسي في مجالسه، ونصه : ويشترط القاضي عليهم ـــ أي على أرباب البصر ـــ أن لا يحكموا في حائط لأحد المتنازعين، وإنما يصفونه فقط بوصف يزيل الاشكال، ويوضح البيان، فيصفون الدار والحانوت والفندق وغير ذلك بوصف لم يبق معه احتمال، وينظر هو فيه بعد أداء شهادتهم فيحكم بمقتضى ذلك. (هـ). وأما الشهادة الاولى فلا تفيد شيئا أيضاً، لأن هذا الضرر مدخول عليه، إذ من بنى بمجاورة دار الراعي أو اشترى داراً بمجاورتها، فقد دخل على ذلك، ولا يسمع قوله بعد الطول أن ذلك يضر به، وهكذا أيضاً من اشترى أو بنى داراً بمجاورة دولة البقر أو البهائم فلا يسمع قوله أن البقر والدواب تحك على الحائط وتضر به لانه دخل على ذلك. قال أبو علي بن رحال في حاشيته : الراجح والذي يفتى به هو المنع من اتخاذ الحمام ونحوه إذا كان يضر بالناس، وهو قول مطرف، وقول ابن القاسم في ذلك مرجوح. قال : وهذا كله ان اتخذ بعد زرع الزارع، وأما إن تقدم اتخاذ الحمام مثلا فجاء رجل فزرع بإزائه فإنه لا كلام له، لدخوله على الضرر. (هـ). وقاله الشيخ الرهوني ايضا عند قول المختصر: «وما أتلفته البهائم ليلا فعلى ربها». قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت عن رجل حفر قناة في داره وأراد أن يخرجها إلى كنيف الدرب الذي يصب فيه قنوات الدرب بأجمعها، فمنعه أهل الدرب أن يحدث قناة معهم لم تكن من قبل، ويلصقها بهم، والفرض أنه واحد من اهل الدرب، وله دار مثلهم.

فأجبت بأنه لا يمنع من ذلك، لأن المحل الذي يمر به الكنف المذكور ملك لجميعهم، فلا سبيل لهم الى منعه. قال ابن الرامي في كتاب الابنية ما نصه :

الكلام في دار رجل ليس فيها قناة فأراد ان ينشئها. قال محمد ـــ يعني نفسه : إذا كان للرجل دار وليس فيها قناة، فأراد ان يحدث قناة في داره، وأراد أن يخرجها للقناة التي في الزقاق، فلا يخلو، إما أن تكون القناة التي في الزقاق تجري في الزقاق حتى الى الخندق أو تشق في دار أحد، فإن كانت تجري في دار أحد

فليس لأحد أن يزيد في تلك القناة قناة أخرى إلا بإذن صاحب الدار التي تشق القناة في داره على خلاف، فإن كانت لا تجري في ملك أحد فقولان. قال سحنون في كتاب ابنه : لا يجوز له ذلك، ويمنع من إجرائها.

القول الثاني : قال أبو القاسم خلف بن فراش القرو : يمنع من ذلك إلى ان يدفع اليهم ما يخصه من الإنفاق في تلك القناة التي لم تتقدم له فيها قناة، فإذا دفع اليهم وكانت تلك القناة في الطريق، وليست تجري في ملك أحد، فليس لهم منعه إذا دفع لهم ما يخصه من الإنفاق وتقدير ذلك لو كان معهم فيها حين عملوها، هذا اذا لم يكن فيها مجرى، وإلا فليس لهم منعه إلا مما يفسدها بشهادة أهل المعرفة، فيمنع من ذلك. (هـ). ويؤيد القول الثاني ما في نوازل الدعاوى من المعيار أن من أراد أن يحدث ساقية أو قادوسا من الماء الحلو أو غيره في غير السكة النافذة، ويغطي ذلك بالحجر بحيث لا يضر احدا فإنه لا يمنع من ذلك ولو بغير إذنهم، وبنحوه أفتى السراج. ورأيت فتوى للشيخ الرهوني بذلك ايضا مقتصرا على القول الثاني ،والله أعلم.

ونصها : الحمد لله، المطلوب من سيدنا الامام وعالم الاسلام. **الجواب** عن نازلة، هي أن رجلا كان له مرفق مشترك مع غيره، وانتقل منه لمرفق آخر، وأراد ان يجري مرحاضه في المرفق الاول مدفونا بالجير والحجارة والاجور بحيث لا يضر بالمارين أصلا، هل لأشراكه منعه من ذلك أو ليس لأحد منعه، لأنه لا ضرر عليهم في ذلك، وإنما المدار على الضرر وعدمه، بين لنا ماجورا.

فأجاب : الحمد لله، إن لم يكن في ذلك ضرر فليس لهم منعه، وإن كان فلهم المنع، والله أعلم. وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن احمد الحاج وفقه الله. (هـ). والله اعلم. قاله المهدي لطف الله به.

وسئلت عن ساقية حومة طال قدمها ومرت عليها قرون، حولها بعض النظار من محلها لمحل أبعد منه يخشى فيه على من يستسقي منه من نساء وصغار البنين والبنات، بعد أن أثبت المحول بأرباب البصر أن في تحويلها سداداً ومصلحة من دفع الروائح الكريهة، وتلك العفونات من سالف الزمان، ولهم قدرة على دفعها

بالتنظيف كلما وجدت، ثم بعد ذلك جعل بابا للفضاء الذي به المحدثة ومنع الناس رأسا من المحدثة وأجرى فيضها لمحل خارج البلد وجعل ثمة ساقية، فهل لا وجه لتحويل القديمة مطلقا، ثبتت المصلحة أم لا، أو تحول مع ثبوتها ولو لحق الضرر للمسلمين.

فأجبت : الحمد لله، لا يجوز تحويل الساقية المذكورة عن محلها بحال ولو كان فيها ضرر، إلا أن يتفق على ذلك جميع أرباب الحومة من كل من له انتفاع بمائها فلا يتعرض لهم. قال المحقق ابن الرامي في كتاب الابنية ما نصه : فإن كانت قناة تجري لرجل في زقاق، فأراد أن ينقلها الى زقاق آخر هو أرفق به. قال سحنون في كتاب ابنه : ليس له ذلك. قيل لابن القاسم : فإن نقلها ثم أقامت ثلاث سنين، ألهم القيام بذلك؟ قال : نعم، الثلاثة الأعوام والأربعة قليل. (هـ).

وقال أيضا قال ابن حبيب :

سئل ابن القاسم عن الرجل تكون له الارض البيضاء والطريق تشقها، فأراد أن يحول طريقاً عن موضعه إلى موضع آخر في أرضه وهو أرفق لأهل الطريق، فقال : ليس لأحد أن يحول طريقاً عن موضعه إلى ما هو دونها وإلى ما فوقها، وإن كانت مثل الطريق الأولى في السهولة إلا بإذنهم، وإن كان طريقاً عاما للمسلمين فلا يجوز فيه إذن بعضهم إلا أن يكون طريق قوم بأعيانهم فيأذنوا، فيجوز ذلك، وإن لم يأذنوا فلا يجوز تحويلها وإن قرب. (هـ). ومثله في تبصرة ابن فرحون فانظره. وهذا الذي قاله ابن القاسم في الطريق يجري في تغيير الساقية، بل هو من أفراده، لأن فيه تغيير طريق الساقية ونقلها إلى محل أبعد منه كما لا يخفى. وأيضا، نقله الساقية إلى محل يخشى فيه على البنات والصبيان كما في السؤال ضرر عظيم يجب تغييره. وقد قال ابن العربي : إن الحر يرضى بسلب ماله دون الزنى بزوجته أو ابنته. (هـ). وأيضا : نقْلَه الساقيةَ إلى محل خارج البلد ومنعه الناس منها رأسا كما في السؤال أيضاً من الضرر الذي لا يحل السكوت عنه بل رفع هذا الضرر من تغيير المنكر الذي هو فرض كفاية. قال تعالى : ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾. وقال ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار). والله تعالى

أعلم، وكتبه عبد ربه تعالى المهدي غفر الله له وللمسلمين. (هـ).

ووقع **السؤال** عما يظهر من الجواب، ونصه :

الحمد لله، لا شك أن من وضع مجرى كنيف بطريق المسلمين ووراها وغطاها وأتقن غطاءها وسواها بالطريق، لا يمنع من إحداثها ولا يقضى عليه إن فعل بزوالها حسبما نص عليه الإمام البرزلي وغيره.

وفي نوازل الاقضية والشهادات من المعيار عن ابن لب ما نصه :

القاعدة أن المرافق التي لا ضرر فيها لا يمنع من اراد إحداثها. لأنه ينتفع وغيره لا يتضرر، وقد اختلف العلماء في المرافق التي تضر بالجار، فكيف ما لا ضرر فيه بوجه. (هـ). نقله ابن عبد الصادق في شرحه، وأبو علي في حاشيته قائلا : ومثل ذلك اتخاذ كنيف يغطيه تغطية متقنة بحيث لا ضرر ينشأ من ذلك، قف على الشرح فهي قاعدة محررة. (هـ).

وفي نوازل الأنهار والسواقي من المعيار :

سئل بعض الناس عن مجرى كنيف اعترضها سوق الحبس، هل يجوز إجراؤها بين جوانبه لضرورة المسلمين الى ذلك، وهي مع ذلك مدفونة مغطاة أو لا يجوز ذلك.

فأجاب بأن قال : لو كنت اهلا لفتوى لقلت بجوازه، ولكني أخاف أن يزجرني لسان حالي ويقول لي : ليس بعُشِّك فادْرجي.

اذا لم تستطع شيئا فدعه وجاوزه إلى ما تستطيع

ثم زاد في الجواب بأن قال : قال لي بعض الأصحاب؛ هب أنك أهل لها، فمن أين يؤخذ الجواز؟ فقلت له على ما ظهر لي وليس الظاهر لي يكون حجة على غيري، ولكني مذاكر لا مفت : فمما يرشح الجواز فيها أن من قواعد إمامنا مالك ان الضرورات تبيح المحظورات، وفروع هذه القاعدة لا تخفى على من طالع كتب القواعد المذهبية كايضاح المسالك، والنور المقتبس، والمنهاج المنتخب

ونحوها، والضرر في عدم إجراء هذا المجرى من وجوه : منها أن النجاسة يبقى بعضها على ظاهر الكنف فيطأها المسلمون بنعالهم ويدخلون بها في مساجدهم، وفي هذا من الضرر والفساد ما لا يخفى. ومنها أن النجاسة تيبس وتصير غبارا بالمشي عليها فتذروها الرياح فتقع في المساجد المجاورة لها، وتتعلق بثياب المارين، وتتنجس ايضا الحيطان في الطريق الضيقة، وتتنجس الطرق مطلقا مع ما يحصل للمسلمين من الضرر من رائحتها الخبيثة الى غير ذلك مما لسنا باستقصائه. (هـ).
ثم قال المجيب المذكور : وقد أمرت بعض إخواننا أن يسأل الفقيه سيدي محمد بن القصار عن هذه النازلة فسأله، فأجابه بأن قال : لا بأس بها، ثم قال أيضا بعد كلام : وقد تذاكرت في هذه النازلة مع صاحبنا الفقيه المشارك سيدي احمد البعل فوافق على الجواز. ولما نزل بي ضيفا ذهبت به حتى أريته المجرى المسؤول عنها فاستحسنها وظننت انه قال : لو قيل انه يجب على أهل القصر اجراء كنفهم تحت الارض كهذه لما بعد، لما في عدم الاجراء من الضرر، ثم ذكر أنه كتب إليه سؤالا فيها :

فأجاب عنه بأنه يجوز ذلك، حيث ثبت أن فيها منفعة عظيمة للمسلمين ومساجِدهم.. الى آخر جوابه الطويل الذي نقله برمته الشيخ علي التسولي في نوازله.

وسئل عن هذه المجري أيضا الفقيه أبو عبد الله محمد بن الحسين بن عرضون رحمه الله **فأجاب** بالجواز، واحتج عليه بكلام ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون. (هـ). واستدل المجيب المذكور آخرا على الجواز بقضية سيدي معاوية رضي الله عنه في الماء الذي أُمر بإجرائه للبلد، واعترضت له مقبرة الشهداء، فكتبوا إليه بأنهم اعترضت لهم مقبرة، ولا مَعْدِل عنها فأمرهم بنبشها، وإجراءِ الماء في قبورهم، فقد آثرَ مصالح الأحياء على الاموات رضي الله عنه. (هـ).

وإذا علمت هذا فلا وجه لمنع من أراد رفع هذا الضرر العظيم الثابت بأهل المعرفة وبالمعاينة والمشاهدة، فله أن يجري ذلك الكنيف بل المجرى بوسط الطريق ويغطيها غطاء متقناً ويسويها بالطريق، ويخرج ذلك المجري أسفل قادوس الماء حيث

لا ضرر على الماء الطاهر، وعليه أعظم الضرر إن بقي المتنجس ساريا كما هو الآن، فمن الواجب طيه أسفله ليرتفع الضرر عن الماء الطاهر وعن المسلمين، والله أعلم. وكتبه أفقر الورى عبد ربه وأسيرُ ذنبه محمد بن عبد الواحد أي الإدريسي مفتي الزاوية الزرهونية وفقه الله.

وسئلت عمن فتح بابا صغيرا في جدار دُويرة داره وهو خارج لخربة دار غيره، وقدْرُ ذلك مدة تزيد على الخمسة والعشرين عاماً سلفت من تاريخه من غير علم منازع ينازع في فتحه، ولا معارض يعارضه المدة المذكورة الى الآن، قام رب الخربة المذكورة، وأراد سد الباب المذكور، فهل له ذلك ام لا؟ وكيف إن اثبت رب الخربة المذكورة النزاع مع الفاتح المذكور بشاهدين، أحدهما في السماط، سِنُّه نحو الخمسة والثلاثين عاما، والآخرُ ليس في السماط ولكن زُكِّي بشاهدين.

فأجبت بأنه لا سبيل لسد الباب المفتوح هذه المدة المذكورة ولا وجه له إلا أن يثبت ان القائم الآن كان له عذر في السكوت فينفعه، وأما النزاع المشار اليه فغير مفيد أيضاً، لأن النزاع المعتبرَ في خلال مدة الحيازة أن يكون عند القاضي ويتكرر حتى يثْبت أن المحدَثَ عليه لم يزل يتردد عليه بالقيام في الأعوام والشهور، وهذا غير موجود هنا، لأن النزاع عند القاضي على الوجه المذكور في خلال المدة المذكورة لا بد فيه من المقالات والأجوبة والتأجيلات والحجج ونحو ذلك، وحيث لم يوجدْ شيء من ذلك فلا عبرة بشهادة النزاع المذكورة. قال المتيطي : مَنْ أُحْدِث عليه ضرر وسكتَ عشر سنين فلا قيام له بعد هذه المدة وهو كالاستحقاق، وهو مذهب ابن القاسم. وقاله ابن الهندي وابن العطار. وقال أصبغ عشرين سنة، وبالأول القضاء، ونحوه في ابن سلمون. قال اليزناسني في شرح التحفة : والقرابة وغيرهم في ذلك سواء على هذا القول، أي المعمول به، ولا يفرق بينهما كما فرق في الاستحقاق. (هـ).

وقال الشيخ التاودي على قول التحفة :

والمدعِي إن أثبت النزاع مع خصيمه في مدة الحوز انتفَعْ

ما نصه : أي بإثباته أنه لم يزل يتردد عليه بالقيام في الأشهر والأعوام، فإذا أثبت ذلك فله القيام بحجته، قاله المشاور عن الاستغناء. قال ابن ناجي : والخصام الذي ينفع هو ما كان عند القاضي، وإلا فلا ينفعه. (هـ).

ومثله في شرح اليزناسني مقتصِرا عليه.

وقال الشيخ الرهوني أيضاً : على هذا درج في التحفة، وبه شرحه ولده وَالشيخُ ميارة، والتاودي، وأبو حفص الفاسي، واستدلوا لهُ بكلام الطرر، وهو نص في ذلك. واعترض ذلك أبو علي فقال : تعليلهم يقتضي أنه إذا خاصم ولو مرة واحدة عند القاضي لا يسقط حقه، وفيه نظر، وكلام الاستغناء الذي اعتمده صاحب الطرر وعَوَّل عليه من ذكرنا، كاف وحده في رد ما قاله كيف وقد اعتمده أبو يونس وساقه فقها مسَلِّما كأنه المذهَبُ ولم يَحْكِ خلافه. ونقله ابن مرزوق مقتصرا عليه مسلما له، واعتمده أبو الحسن في شرح المدونة، نقله عنه الملوي وأقره، وبه أفتى أبو الحسن، ذكره في الدُّر النثير العلامة ابن هلال، وسلّمه ولم يزد عليه شيئا. وبذلك تعلم أن الصواب مع الشيخ ميارة لا مع أبي علي، والعلم كله لله الكبير العلي. (هـ). بمعناه. وانظر نصوص هؤلاء بلفظها في حاشيته، وما قاله ابن ناجي من كون النزاع المعتبَر هو ما كان عند القاضي عليه أيضاً اقتصر سيدي عمر الفاسي في شرح التحفة، ونقله الشيخ الرهوني عن الشيخ التاودي وسيدي عمر الفاسي، ثم قال : وعلى ما اقتصر عليه، اقتصر الحطاب ناقلا له عن الشيخ يوسف ابن عمر والجزولي، فانظره، وبه تعلم أنه الراجح لا ما صدّر به الزرقاني، والله أعلم. (هـ).

قلت : وعليه أيضاً اقتصر أبو علي في حواشي التحفة، وعليه أيضاً اقتصر العلامة الملوي ناقلا عن أبي الحسن في شرح المدونة، ونصه : الطلَبُ النافع إنما يكون عند الحكام.

فتبين من هذا أن اعتراض التسولي على الرهوني في ترجيحه تكرار النزاع، وكونه لا بد أن يكون عند الحاكم ساقط، لأن ما رجحه الرهوني هو الذي اقتصروا عليه كلهم، واقتصار واحد منهم كافٍ في ترجيحه، فكيف بهم جميعا.

وأيضا فإن التسولي لم يات بنص على ما قال، وإنما استدل بالظواهر وهي لا تقاوِم النصوص على أنّ ما استدل به يمكن أن يكون حجة عليه عند التأمل، والله أعلمُ. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئِل أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك رضي الله عنه عن تحويل مجرى ماء في طريق.

فأجاب : تأييد الفتوى غيره بمنعه بعد التصحيح له بما نصه : قال ابن سلمون في فصل الضرر : ويمنع أن يحدث في الطريق ما يمنَعُ المار فيها. ومر عمر رضي الله عنه على حداد بَنَى كيرا في الطريق، فأمره بقطعه، ولا يُقتطع شيء من الطريق، ومن فعل ذلك رده وكان فرجة فيه. وقال أصبغ عن أشهب : إذا كان الطريق واسعا وكان فيما بقي منها ما يحمل المارة عليها فلا يهدم، وقال به أصبغ. والاول أصوب. (هـ). ونحوه في وثائق الجزيري في فصل الارفاق، ونصه :

وإذا كانت ساقية مبنية في الارض يمر عليها فليس لاحد تحويلها عن موضعها الا ان يتفق أصحاب الماء مع الارض على ذلك باتفاق، وإن كان الماء يجري في الارض من غير عمل في مسلك ففي ذلك اختلاف. ورُوِي عن عمر إباحته، والمشهور أن ذلك لا يُقضَى به. (هـ). ونحوه في المعيار، وفي الحطاب وغيره في تحويلِ الطريق العامة، وكذا الخاصة دون مؤامرة أهلها ما يوافقه ويشد عضده، فَحيثُ كان ضرر في هذا التحويل على المارة أو على جارها أو على أرباب الماء منع منه لحدوثه، ورد لأصوله جبرا، حيث لا إذن من كل من ذكر، والله الموفق لِاتّباع الحق.

وسئل أيضا عما يحاز به الضرر في ماء أضر جاره، فأفتي برفعه على قول ابن مزين المذكور في ابن سلمون، وأفتِيَ خصمه بعدمه لعلمه به ولم ينكره نحو عشرة أعوام من غير عذر يمنعه من القيام به فلا قيام له كالاستحقاق، وهو مذهب ابن القاسم، وقاله ابن الهندي وابن العطار كما لابن هارون في اختصار المتيطية.

فأجاب بما نصه : فيما يحاز به الضرر خلاف مذكور في ابن سلمون والجزيري في وثائقه ومقصده، وفي المعيار، والدر النثير، والحطاب وغيرهم، ونظَمه صاحب العمل المطلق.

ففي المعيار عن ابن حدير : واختلفوا في المدة التي يتحقق بها الضرر، فمنهم من رجح القول بعشرة أعوام، وقال : إن العمل به، ومنهم من قوى قول من قال عشرين سنة. (هـ).

قال الجزيري في وثائقه بعد أن حكى القولين : وبالأول القضاء، ما نصه : وهذا في الضرر الذي يبقى على حال واحدة، فإن كان مما يتزايد ضرره فله القيام عند تزايُدِه. (هـ). فقيد القولين بما عزاه الباجي وغيره لابن مزين كما في الدر النثير وهو قول، وجهُه ظاهر، وقد نص على العمل المذكور غير واحد حتى صاحب التحفة. وقد قال ابن فتحون في القول الثاني إن به القضاء في أحكام ابن بطال. قال ابن لبابة : الذي أعرف من قول اصبغ ما أفتَى به جميع المفتين بقرطبة، انه لا يستحق بالعشرين سنة إلا بما زاد عليها. (هـ). وفي المسئلة أقوال أخرَ ذكرها الحطاب والقلشاني والدر النثير وغيرهم، وان قول ابن حبيب منها لا يحاز الضرر بحال.

وبالجملة، القولان قويان، وعلى تقييدهما بما لابن مزين كما فعل الجزيري، فلا مخالفة بين الجوابين أعلاه. وأيضا هما متفقان على نقصان الشهادة، ولا يقضى بناقص، والاستفسار ما زادها إلّا بعداً للقطع في عدم المنازع يضارع الغموس والزور، كما أفاده في الاستحقاق ابن سلمون وغيره، وكل ما حدث من هذا الماء من جدار أو غيره، فإصلاحه على صاحب الماء كَمَا لِمالِكٍ في مسئلة الخليج المذكورة في الوانوغي والمعيار، والسلام.

وسئل أيضا عما يحاز به الضرر بين الاقارب.

فأجاب : قال ابن عات : وحيازة الضرر على الاقارب والاجنبيين سواء على القول بحيازته، ولا فرق في ذلك بينهم كما يفرق في الأملاك. قاله ابن زرب كما

في الدرر النثير، ونحوُه في ابن سلمون عن بعضهم.

قلت : وفي نوازل الضرر من المعيار، فيمن اطلع ــ أي بَنَى محلا يتطلع منه عليها ــ على دار اخته نحو العشرين عاما، ثم إن الاخت أرادت القيام على أخيها، أن الاخت لا قيام لها، إذ هذا أكثر ما قال أهل العلم في ذلك، قاله ابن الحاج، فقال له الفقيه ابن دحون : أو ليس الأقارب في هذا خلافَ الاجنبيين؟ قال : لا. القريب والأجنبي في الحيازة واحد. فقال ابن دحون : إن الاخت تقول : سكتت عنك على وجه الرفق بك لقرابتك مني. فقال : ليس في هذا حجة، وهو خلاف الحيازة في الاصول بين الاقارب. (هـ). وفي مجالس القاضي أبي عبد الله المكناسي ناقلا عن ابن هشام أنَّ في المسئلة أربعة أقوال : لا يحاز بحال عند ابن حبيب، ويحاز بما تحاز به سائِرُ الحقوق عند أشهب وابن نافع، ويحاز بالعشرين سنة عند اصبغ، وفي سماع ابن عاصم إذا رأى جاره يفعل ما فيه ضرر عليه فسكت حتى تمت نفقته وبنيانه، فلا قيام له، وقد حصل ابن عرفة تسعة أقوال فانظرها. (هـ). وبحيازته بالعشر أفتى عبد الله ابن يحيى، وأيوب بن وليد بن فتحون، وبه القضاء، إلا أن يكون المحدث عليه صغيرا أو مولى عليه أو بِكراً غير معنسة حتى يبلغ الصغير أو تعنس البكر، وينطلق المولّى عليه ثم يسكتون المدة المذكورة عالمين بما لهم في ذلك من القيام. (هـ). نقله أبو علي في الحاشية. قف عليه.

وسئل أيضاً عن شجرة مائلة في أرض الغير أو منتشرة عليها.

فأجاب : الشجر المائل المنبسِط لجاره يُقطع ما مالَ منه وانبسط. قاله أصبغ.

وسئل عنه ابن القاسم فقال مثله، نقله ابن سلمون، ومِثْلُه في التاج عن ابن وهب وغيره. وما في المتن عاطفا على ما يقض به، ونحوه لغيره، هو في غير المائل، ونص المتن : «ويُقطع ما أضر من شجرة بجدار إن تجددت، وإلا فقولان»، أي وإن لم تكن الشجرة متجددة فقولان، قاله الحطاب. وقال : الأول بالقطع لمطرف وابن حبيب وأصبغ وعيسى بن دينار، واستظهره ابن رشد، والثاني لابن

الماجشون. قال أبو علي في حاشيته : والراجح قول مطرف لاختيار ابن حبيب وابن رشد له، وَإن كان دليل قول عبد الملك قويا، وبه يعلم ما في قول المختصر : وإلا فقولان مع وجود الترجيح لقول مطرف، ويعلم ما في قول التحفة فتركه وإن أضر، الاسهر. وقد انتقده أيضاً شيخنا اي التاودي في شرحها، فالحق انه لا شيء على من قطع الملقَى ولا على من يقطع الباقي في المائل، وكذا المجدد بلا كلام، وفي غيره على الراجح، والله الموفق.

وسئلت عمن أحدث نقبة ببيت داره من الطريق خارج الدار، وأراد ان يجعل هذه النقبة بابا ويكون البيت أروى، فادعى عليه أهل الدرب بأن جعله أروى بباب الدرب ضرر عليهم، وأيضا هو متصل بباب المسجد وأعلى منه فأجاب بأنه لا ضرر عليهم في فتحه، وأثبتَ ذلك بأرباب البصر، وأتى على ذلك بفتاوى، وأثبت أرباب الدرب أيضا بأرباب البصر آخرين أن ذلك ضرر عليهم.

فأجبت : الحمد لله. حيث ادعى مُحْدِث النقبة ليجعلها بابا للاروى ان ذلك غير ضرر على أهل الدرب، وادعَوا ان ذلك ضرر، وأثبت كل من الفريقين قوله بأرباب البصر، وتعارَضَا في إثباته ونفيه، فالعملُ على تقديم بينة الضرر كما هو معلوم عند الكافة. قال ابن سهل : شهادة من أثبت شيئا أولى بالقبول من شهادة من نفاه، قاله غير واحد من أصحابنا، وبه العمل، وهو دليل المدونة والعتبية وغيرهما. فلا يلتفت إلى ما جاء فيه من خلاف، لضعفه وقلة قائله. (هـ). قاله في تعارض البينتين بالضرر وعدَمه، وتبعه ابن فرحون. فقال : فإن أقام المحدث للضرر بينة تشهد أن ذلك ليس بضرر لم يلتفت الى تلك البينة، وكانت شهادة الذين شهدوا بالضرر أحق وأولى بالحكم، وعليه العمل وبه القضاء. ونظمه في التحفة فقال :

وقـول من يثبتـه مقَـدّم على مقال من، بِنَفْيٍ يَحْكُمُ

وأما ما سطر حوله من الفتاوى الثلاث، فخارج عن موضوع النازلة، لأنها أي الفتاوَى الثلاث، في فتح الباب للدار، كما هو مصرح به في كلام الحطاب،

والنزاع في فتح باب في البيت ليكون أروى، فبينهما بَوْن، فالنزاع بين الفريقين، كما في المقال، في اتخاذ البيت أروى، هل فيه ضرر أم لا، وقد صرح في المختصر بمنعه فقال : وقضى بمنع إحداث مضر بجدار واصطبل. قال الزرقاني : لرائحة رجيع الدواب وحركتها ليلا ونهارا المانعة من النوم. (هـ). وقال الشيخ أبو علي : الإصطبل ــ بكسر الهمزة ــ هو بيت الخيل، وضررها متعد على الاصوات، فإن فيها ما هو مذكور في كلام المفيد والمتيطي، وهو بولها وزبلها ببيته، والحداد والرحى قد تهدأ الاصوات الصادرة منهما لاستراحة، والرحى في الغالب لا تدور الا مع كون ربها غير نائم معها، ولا كذلك الخيل والبغال، فإنها لا تهدأ أصلا، والحائط يتضرر بذلك غاية، إن كانت متصلة به، لانها تحك به أجسادها كثيرا، وكل هذا مشاهد، ومن ارتاب فالعرَبُ بالباب، فإن هذا أمر مشاهَدٌ، ومن ابتلي به عرفه يقينا. وقد قال في نوازل المعيار :

سئل ابن عبد الرفيع عمن أحْدَثَ خلف بيت جاره رواء لدابة فاشتكى صاحب البيت ضرَرَ الدابة.

فأجاب بوجوب زواله وإخراج الدابة منه. (هـ). وفي البرزلي نقلا عن اللخمي، وأما تبييت البقر في بيت المالك فلا مقال له أي للجار فيه، وليس عليه في ذلك ضرر.

قلت : ظاهره ولو كان يقع منه النداء، ويحتمل أن يكون إلا حركة البقر خاصة، وأما لو كان معه نداء أو ضرر للحائط لوجب منعه كما منع الاروية المعَدَّاتُ للبهائم، فانظره، فكأن الاروية عنده متفق على منعها، إذ لا يحتج على أمثال اللخمي الا بِمسلّم. ونقله صاحب المعيار وسلمه، والزلزلة موجودة في الخيل بالمشاهَدة، لا أن ضررها موقوف على الصوت فقط مع الاتصال بالجدار وتزبلها أكثر من غيرها، ألَا ترى أنّ نتن الكنيف ضرر، كما اذا فعل مرحاضا بقرب جاره، ولم يغطه، وأقل من هذا الضرر يمنع. أنظره. فقد اطال في ذلك.

وأيضا، هذا الباب الذي أريد فتحه، متصل بباب المسجد ومرتفع عنه، فكل ما حصل فيه من روث أو بول أو زبل ينحدر الى باب المسجد، وربما يتعلق

بنعال المصلين فيدخلون به للمسجد، وربما صار غبارا وتحمله الريح الى المسجد الى غير ذلك. وقد قال ابن الناظم نقلا عن ابن حبيب : من أراد ان ينفض حصيرا على باب داره وهو يضر غباره بمن يمر بالطريق منع من ذلك، ولا حجة له أن يقول : إنما فعلته على باب داري. (هـ). ومثله عند شراح المختصر، واللَّهُ أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمن ارتهن أروى بحومة في فاس لربط دوابه، فقام جيران الأروى وطلبوا شفعته، لكون دخول المرتهن للأروى ومجاورته لهم فيه ضرر عليهم، وفي هذا الأروى أيضا كوة ربما يتشوف منها للدّور المجاورة لهَا، فأفتى بعض أهل العصر بأن الواجب أن تكرى الأروى المذكورة أو ترهن لجارها صونا لعرضه، ومحافَظةً على مروءته، فإن الله تعالى حرم أموال الناس ودماءهم وأعراضهم، ونظيرتها مسئلة الدين، فمن اشترى دينا من ربه بقصد أن يضيق بالمدين ويهتك حرمته، فلا يمكن من شرائه ويمنع منه. وكتب التاودي الورياجلي.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بالبينة أن الأروى، أقدمُ من الدار الملاصقة بها، وأن المرتهِن لها مشتغل بما يعنيه، ولا شبهة فيه، فإن دعوى الجار عليه بالضرر غير مسموعة ولا يُلتفَت إليها، لأن ما كان قديما لا يُغَيّر عن حاله أصلا، قال ابن الرامي في كتاب الابنية، نقلا عن سحنون ما نصه : لا يغيَّرُ القديم وإن أضر. وأما ما سطر أعلاه من أن الجار يأخذ الأروى بالرهن أو بالكراء فلا وجه له إلا بالشفعة، وهي لا تكون للجار، إذ هي مختصة بالشريك كما قال في المختصر : «الشفعة أخذ شريك ولو ذميا» ثم قال : لا جار وإن ملك تطرفا. على ان المرتهن هنا وإن فرض انه مشتغل بما لا يعنيه، فلا يكون الجار أحق بالأروى. ففي الدر النثير نقلا عن المدونة ما نصه : وإذا ظهر من مكتري الدار دعارة وفسق وشرب خمر، لم ينتقض الكراء، ويمنعه الإمام من ذلك، ويكف أذاه عن الجيران وعن رب الدار، وإن رأى إخراجه أخرجه وأكراها عليه. وفي اخر كتاب السلطان من العتبية قال أبو زيد : قال ابن القاسم :

وسئل مالك عن فاسد يأوي اليه أهل الفساد والخمر، ما يصنع ؟ به قال

يخرج من منزله ويخارج ـــ أي يكري ـــ عليه.

فقلت : أتُباع ؟ قال : لا، لعله يتوب فيرجع الى منزله. ابن القاسم : يتقدم اليه مرة أو مرتين أو ثلاثاً، فإن لم ينتَه أُخرِج وأُكرِي عليه. (هـ). وفي هذا كفاية. والقياس الذي ذكره المفتي أعلاه غير صحيح، ولا جامع بين هذه المسئلة ومسئلة بيع الدين تأمله، والله أعلم. قاله وقيده عبيد ربه المهدي تاب الله عليه. (هـ).

وسئلت ايضا عمن له دار بفاس يسكنها ثم اراد تحويلها دار السلعة للبيع والشراء، وأثبت بأرباب البصر أن ذلك غير ضرر، فقام عليه اهل الحومة وأرادوا منعه من ذلك، وأثبتوا أيضا أن ذلك ضرر عليهم.

فأجبت : الحمد لله، حيث أراد فلان تحويلَ داره، وجعْلَها مُعَدة للبيع كأمثالها من دُور السلع بالمحل المذكور من غير ضرر على أحد، والسكة نافذة، فذلك جائز بلا كلام. قال ابن سلمون نقلا عن ابن عبد الغفور ما نصه :

وعلى ما في المدونة من أن للمكتري أن يحدث في الدار المكتراة ما شاء من الدواب والحدادين والقصارين، ما لم يكن ضرر بالدار لصاحبه، أن ينصب في داره ما شاء من الصناعات ما لم يكن ضرر بحيطان جاره.

وسئل ابو الحسن كما في الدّرِّ النثير عن رجل كان له دار في زنقة، فأراد ان يجعل الغرفة طرازا للحاكَة ينسجون فيه ويكون مدخله على ما كانت عليه الغرفة المذكورة، فأراد أهل الزنقة منعه، وزعموا أن نسج الحاكة، فيه حركة واهتزاز، واحتجوا عليه بكثرة الدخول والخروج، ويدخل من يصلح ومن لا يصلح، فهل لهم مقال ام لا؟

فأجاب : أما الحركة والاهتزاز، فإن كانا في حيطان أحد من الجيران مما يؤدي الى الضرر بها، وطلب منعه فله ذلك، وان كانَا في حيطان صاحب الدار ولم يكن ضرر إلا ضرر الإحداث، فلا يمنع على المشهور. وأما كثرة الدخول والخروج فلو أسكن في داره عددا كثيرا لم يمنع، فكذلك هؤلاء. وأما كونهم ممن .

لا يصلح، فإن ظهر منهم فساد عوقب عليه، فلا مقال لاهل الزنقة عليه...الخ. ونصوص العلماء في هذا المعنى كثيرة، وكلُّها مؤذِنة بأن تحويل الدار للبيع جائز بلا مِرْية. وأما ما استظهر به اهل الحومة من بينة الضرر فغير معتبرٍ، لان أولئك الشهود ليسوا من اهل المعرفة، فلا يثبت بقولهم ضرر ولا عدمه، قال في التحفة :

ثم العيوب كلها لا تعتبر الا بقول من له بها بصَر

وأيضا، جلُّهم من الحومة المذكورة، وهم المنازعون لرب الدار في تحويلها، فكيف يشهدون لانفسهم. وأيضا ما وجهوا به ضَرَرَ التحويل من كون الدار قريبة للفران ويخشى عليها منه الحرق، غير مفيد لان هذا الضرر غير محقق، ولعله لا يكون ابداً، وإنما يُحكَم بمنع المحقّق فقط، والله اعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئلت عن رجلين بينهما جدار فاصل بين داريهما، فيه كوات أربع لأحدهما يتصرف فيها بأنواع التصرفات، وعنده بينتان : إحداهما تشهد بمعرفتها للكوات قديمة نحو الخمسة والعشرين سنة، والاخرى تشهد بأن أمارات الكوات قديمة بحسب اجتهادهم وبرهان معرفتهم. قام عليه جاره، وأراد غلق هذا الكوات، لأنها ضرر عليه، وأثبت ضررها ببينتين.

فأجبت : الحمد لله، شهادة أرْبَاب البصر في البينتين حوله، أنّ الكوات ضرر، وانه لا يرتفع الا بسدها...الخ، ناقصة لخلوها من بيان الضرر هل هو قديم أو حادث، والمضر انما هو الثاني لا الاول، وأيضا بيد المدعَى عليه بينتان بأن الكوات المذكورة قديمة، وعليه فتبقى على ما كانت عليه ولو كانت ضررا. قال ابن الرامي في كتاب الابنية لما تكلم على ضرر الاطلاع من الكوة ما نصه : والكوة القديمة في دار الرجل يكشف منها على دار جاره، في سدها قولان، ومن المدونة قال سحنون : قلت لابن القاسم : أرأيت إن كان له على جاره كوة قديمة أو باب قديم ليس له فيه منفعة وفيه مضرة على جاره ؟ قال ابن القاسم : لا أجبره على ذلك، لأنه امر لم يحدثه عليه، وذلك امر قديم لا اعرض له ولم أسمعه من مالك، ولكنه رأيي. (هـ).

قال ابن الرامي بعده : وفي الواضحة مثل ما قاله ابن القاسم. وقال ابن يونس في ديوانه : وقد رأيت بعض فقهائنا يفتي ويستحسن له أن يمنع من الكشف، وإن كانت قديمة، وإن رضي بذلك لأنهما رضيا بما لا يحل لهما.

قلت : أي ابن الرامي : وهذا خلاف المنصوص، والذي به العمل لا تُسَدُّ، وبهذا جرى الحكم عندنا، وما رأيت قاضيا حكم بسدها، ولا سمعت من قال غير هذا، ولكن يؤمر الآخر أن يطيل بناءه حتى لا يراه الآخر. (هـ). والله أعلم، وقيده المهدي لطف الله به (هـ).

وأجبت عما يظهر من الجواب ونصه :

الحمد لله، الرسم حوله لا عبرة عليه لعدم جزم شهوده بالضرر، لقولهم : لو بقي كذلك لربما سقطت الدور المجاورة له. وذلك غير كاف.

وقد **سـئـل** عن نحو المسألة الشيخ الرهوني من محروسة فاس.

فأجاب : لا كلام لِأَرْبَابِ الدور في القواديس، وتبقى على ما كانت عليه، أما إذا لم يثبت أن من شهد بذلك من أهل المعرفة ومن يرجع إليه في ذلك، فلا إشكال، وكذلك إن كان من اجل المعرفة، وأعذر فيه لمن له القواديس، فأبدى مطعنا، وأما اذا ثبت ذلك وعجز أو كان الإعذار ساقطا، لكونه موجها من قبل القاضي، فلأنهم لم يشهدوا بتحقق حصول الضرر، وإنما قالوا : ربما يؤدي إلى رجوع الماء إلى الجِدارات، ويندي في البيوت، وهذا لا أثر له. ففي سماع حسين ابن عاصم من ابن القاسم أنه قال : لا أرى أن يمنعه بذلك من سد النهر، لأنه قد احتج بضرورة، وعساها أن لا تنزل به أبدا، فيمنع هذا لما يخاف أن يجيء أَوْلَا يجيء من منافعه الحاضرة لشيء لا يدري أيكون أم لا. وأرى أن يعمل ولا يمنع. قال ابن رشد : وقول ابن القاسم في هذه المسألة : إنه لا يمنع من منافعه الحاضرة لشيء لا يدري أيكون أم لا، صحيح. (هـ). محل الحاجةِ منه. فتبين بهذا أن الشهادة بالمشار اعلاه باطلة، والله أعلم. المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك عن رجل اشترى أرضا بإزاء دار أراد منع صاحبها من اتخاذ الدجاج والكلاب المعتادين في البادية.

فأجاب : انه ليس له ذلك كما في أجوبة الفاسي، ونصها :

وأما اتخاذ النحل والحمام والدجاج اذا اضر بالناس في زرعهم وشجرهم، فاختلف في ذلك. قال ابن عرفة : والصواب في المسألة، الحكم بقول ابن حبيب أي بمنعها وإن كان خلافَ قول ابن القاسم، وهذا اذا كانت هذه الاشياء حادثة. وأما اذا تقدمته فليست بضرر، والله أعلم. (هـ). فحيث اشتَرى من اشترى والدار دار بدجاجها وكلابها، فلا كلام لهذا المشتري مع صاحب الدار الا فيما يحدثه عليه من غير المعتاد، ولا كلام له فيما كان مدخولا عليه من الضرر، وكما لابي علي ايضا في حاشيته، والله اعلم. (هـ).

وسئل ايضا عن اتخاذ الدجاج ونحوه اذا كان يضر بالناس.

فأجاب : الصواب الحكم في المسألة بقول ابن حبيب، أي بمنعه، ونص ابي علي فيها : الراجح الذي يفتى به هو المنع من اتخاذ الحمام ونحوه إذا كان يضر بالناس وهو قول مطرف، وقول ابن القاسم في ذلك مرجوح، قال : وهذا كله إن اتخذ بعد زرع الزارع، وأما ان تقدم اتخاذ الحمام مثلا فجاء رجل فزرع بإزائه، فإنه لا كلام له لدخوله على الضرر. (هـ). وهو وافٍ وكافٍ. والنازلة كما قال ابن عرفة كثيرة الوقوع، والصواب أن يحكم فيها بقول مطرف وابن حبيب، وإن كان خلاف قول ابن القاسم. أنظر تمامه وغيره. (هـ).

وسئل أيضا عن تصحيح ما افتى به غيره من منع اتخاذ النحل المضر على ما قال ابن حبيب أنه المعول عليه كما في ابن سلمون.

فأجاب : إنه صحيح على ما اختاره ابن حبيب، وصوّبه ابن عرفة. وقال أبو علي : هو الراجح. وبه أفتى سيدي عبد القادر الفاسي، وقيده أبو علي بما اذا كان اتخاذه بعد زرع الزارع، والا فلا كلام له، لدخوله على الضرر، وهو واضح. (هـ).

وسئل أيضا عمن أحدث عليه ضرر فسكت أكثَرَ من عشر سنين.

فأجاب : الذي به القضاء،وهو قول ابن القاسم كما لغير واحد. وقال في المعيار عن العبدوسي أنه المشهور إنه إذا سكت من أحدث عليه فتح كوة ونحوها عشر سنين فلا، فقال له : إلا أن يكون له عذر في ترك القيام. (هـ). وأيضا المبتاع هنا لا كلام له كما لابن سهل في جواب ابن عتاب وغيره. إلا أن يكون البائع باع بعد أن خاصم، كما في التحفة. أنظر الحطاب وغيره في استيفاء الكلام في ذلك والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عن الضرر الذي لا يقر على حال واحدة بل كان مما يتزايد.

فأجاب : إنه كغيره إن سكت عنه عشر سنين فأكثر، فلا مقال له، حيث لم يكن عذر في ترك القيام على قول ابن القاسم، وبه القضاء كما في الحطاب وغيره، وقول ابن مزين ونحوه في وثائق الجزيري : إن ما يتزايد من الضرر لا يحاز بطول الزمان خلاف المشهور كما في نوازل المعاوضات من المعيار، وإن اقتصر عليه ابن سلمون، فالمعول عليه خلافه والله الموفق. (هـ).

وسُئِل أيضا عمن أُحْدِثَ عليه ضرر فسكت نحو عشرين سنة هو وأبوه مِن قَبْله، فقام الآن وكان مجرى ماء.

فأجاب غيره أنه لا قيام له حيث لا عذر له في سكوته عشر سنين على ما به القضاء كما لابن فرحون والمقصدِ المحمود.

وأجاب هو رحمه الله أيضا بذلك قائلا : والمسألة تكلم عليها في المعيار والدر النثير والوانوغي في حواشي المدونة وأبو علي في شرحه، وما به العمل هو قول ابن القاسم وأشهب وابن نافع، كما في ابن الناظم. وفي المعيار عن العبدوسي فيما به العمل، أنه المشهور، ونقله الشيخ ميارة ايضا. (هـ).

وسئل ايضا عمن يؤذي الناس في المسجد.

فأجاب : قال ابن عبد البر شاهدتّ شيخنا ابا عمر بن احمد بن عبد الملك، يعني الاشبيلي المعروف بابن المكَّوي، افتى في رجل شكاه جيرانه أنه

يؤذيهم في المسجد بلسانه ويده، بأن يخرج من المسجد ويبعد عنهم. نقله الحطاب وابن هلال في دره، وابنُ ناجي في شرح الرسالة قائلا قبله : وأما من يغتاب الناس في المسجد فالادب فيه كاف، وبه افتى شيخنا ابو مهدي أيده الله. (هـ).

وسئل سيدي احمد القباب كما في نوازل الطهارة من المعيار عمن به جرب كثير، فإذا اتى المسجد للصلاة حك فيه فتقع قشور الجرب في المسجد، وهو لا يقدر على التحفظ من ذلك هل يجوز له دخول المسجد أو لا؟

فأجاب : لَم اقف فيها على نص، ولو صلى خارج المسجد بصلاتهم إن قدر كان أحوط له. (هـ).

قلت : أما على ما قاله ابن عرفة مِن ان ما أبِينَ من الآدمي الحي نجِس على كلا القولين، فلا وجه للتوقف في منعه، وكذا على ما قاله ابن عبد السلام من انه يجري على القولين في ميتة الآدمي اذا فرعنا على ما صدر به في المختصر من قوله : ولو قَملة وآدميا، وأما على مقابله فوجه التوقف ظاهر، والصواب له هو في نفسه ان يترك دخوله، وأن يمنع منه ان طلب ذلك غيرَه، لأن ذلك يؤذي الناس، وليس ضرره بأخف من ضرر رائحة البصَل ونحوه، ولأن كثيرا من الناس يتورع ويحتاط لنفسه، والقول بنجاسة ذلك قوي، فلا تطيب نفس المتورعين بالصلاة على تلك القشور، فتأمله بإنصاف. قاله الشيخ الرهوني.

قلت : وكذا من ينزل من رأسه قشور لكونه أقرع، يجري على هذا أيضا، وكذا لا يجوز ايضا لمن في ثوبه قمل كثير، الدخول للمسجد حتى ينفضها منه لانه يؤذي الناس بذلك.

وسئل أبو الحسن كما في الدر النثير عن امرأة معيانة أصابت امرأة اخرى بالعين، فطلبت وضوءها فامتنعت، فقال : إن ثبت أنها معيانة وثبت أنها أصابت هذه، قيل له : بماذا يثبت أنّها اصابتها. قال : مثل ان يسمع منها كلام، او نظَرٌ ممّا جرت عادة المعيان به، أو تُقِر فتجبر على الوضوء لها بالحكم. ونص عليه عياض في الإكمال، وحكى قولين : هل وجوبا ام لا؟ رجح الوجوب من الفاظ

وقَعَتْ بلفظ الامر في الاحاديث. وأما سجن المعيان أو تغريبه، فقال الشيخ ــ أي أبو الحسن ــ يثقف في داره، وحيث لا يضر الناس وإن لم يكن له مال أنفق عليه من بيت المال، وانظر هل يغرب كما تغرب البهائم العادية على الزرع الى بلد لا زرع فيه، وانظر ايضا أي بلد يغرب اليه، اذ كل موضع فيه المسلمون، ولا ينفى الى بلد اهل الكفر، ولا الى الصحراء لئلا يضِيعَ.

قلت : الذي حكى الخلاف في إجبار المعيان على الوضوء للمعيون. ومَالَ الى اجباره هو المازري في الْمُعْلِمِ، لا عياض، وعزاه الشيخ رحمه الله للإكمال، لأنه نقله فيه، ونصّ كلامه : وقد اختلف في العائن هل يجبر على الوضوء أو لا، واحتج من قال بالجبر، بقوله في الموطأ، يوضأ له، وبقوله في مُسْلِمِ : وإذا استُغْسِلتم فاغسلوا، وهذا أمْرٌ يحمل على الوجوب. قال : ويتضح عندي الوجوب، ويَبْعُدُ الخلاف فيه إذا خشي على المعيون الهلاك، وكان وضوء العائن مما جرت العادة بالبرء به، وكان الشرع أخبر به خبرا عاما ولم يُمْكِن زوال الهلاك عن المعيون إلا بوضوء هذا العائن فإنه يصير من باب مَن تعَيَّنَ عليه إحياء نفس مسلم، وهو يجبر على بذل الطعام الذي له ثمن، فكيف بهذا مما يرتفع الخلاف فيه.

وفي الإكمال عن بعض العلماء : ينبغي إذا عُرِف أحد بالإصابة بالعين اجتنابُه والتحرز منه، وينبغي للإمام منعُه من مداخلة الناس ويامره بلزوم بيته، وإن كان فقيراً أرزقه ما يقوم به، ويكف أذاه عن الناس، فضرره أشد من ضرر آكل الثوم والبصل الذي منعه النبي ﷺ دخولَ المسجد لِئلا يؤذي المسلمين.

ومن ضرر المجذوم الذي مَنَعَ عمرُ رضي الله عنه والعلماءُ اختلاطَه بالناس، ومن ضرر العوادي من المواشي الذي أمر بتغريبها حيث لا يتأذى منها، ومن هذا المعنى قول ابن عبد البر رحمه الله وقد شاهدت شيخنا أبا عمر احمد بن عبد المالك الاشبيلي رحمه الله أفتى في رجل شكاه جيرانه وأثبتوا عليه عند القاضي انه يؤذيهم في المسجد بلسانه ويده بأن يخرج من المسجد ويبعد عنه، فقلت له ما هذا؟ وقد كان في أدبه بالدِّرة والسوط ما يردعه، فقال : الاستدلال بحديث النبي ﷺ أولى. قال : ونزع بحديث عمر يعني قوله : يا أيها الناس انكم لتأكلون من

شجرتين خبيثتين، البصل والثوم، ولقد رأيت رسول الله ﷺ إذا وجد ريحهما من أحد أمر به فأخرج الى البقيع. وفي أحكام ابن حمدين : من شهد عليه أنه يؤذي الناس بلسانه، وقّاعٌ فيهم، فقال سعيد بن احمد ابن عبد ربه : أرى حبسه ثلاثة أيام. وقال ابن حارث : أرى أن تأمر بحبسه وتبيح له المدفع، فإن لم يكن له مدفع، وأتى من يثبت قذفا، أخذت له بحقه، وتعهد إليه عهداً ناجزاً فاصلًا، إما كفّ بالحقيقة، وإمّا زال عن القوم ورحلَ عنهم. وقال ابن خزيمة : أرى أن تأمر بحبسه وتبيح له المدفع، فإن أتاك بما يوجب له نظراً، وإلا كفَيت الجيران شره ببيع داره عليه أو بكرائها، وترحله عن المربض، وهذا من الضرر الذي يوجب إبعاده عمن يضر به من المسلمين، ويجتهد في تأديبه بالسوط على قدر ذنبه وأخذه منْ أعراض الناس، فأعراض الناس محصّنة لا ينال منها أحد إلا نِيل منه بالأدب بقدر ذلك. (هـ). من الدر النثير.

وسئل أبو زيد الحائك أيضا عمن أحدث عليه طريق نحو أحد عشر عاما.

فأجاب بأنها لا تثبت بما ذكر، خلافاً لمن قال من القضاة : إنها تثبت به أو دونه مع يمين الحائزين.

ففي نوازل المعاوضات من المعيار أن مجرد المرور من غير أن يثبت للمار حق في الأصل، من باب إحداث الضرر، وفيه خلاف. ففي كتاب ابن سحنون أنه على القِدَم وفي أحكام ابن زياد انه على الحدوث، وبه الحكم. (هـ).

وفي المعيار أيضا، ومثله للشريف في نوازله، ما نصه : وأما الطريق فله بناؤها وقطعها عنهم، ولا حجة لهم في تركه إياهم يمرون عليها لتساهل الناس في ذلك ويسارته عليهم، واستغنائهم عنه، فله قطعها متى أراد، إلا أن تكون طريقا واضحة جادة، وطال زمانها الخمسين والستين سنة، ويقع الانتفاع بها ولا نزاع، فلا تُغَير حينئذ. (هـ). وهو واضح فيما نرومه من أنها لا تثبت بما ذكر.

وفي الحطاب وغيره في الأيمان، واللامية وشروحها عند قوله : «ومن ملكه اثناء املاك غيره الى آخر» ما يفيده، والله الموفق. (هـ).

قلت : قال الشيخ الرهوني : من ترك أرضه للناس يمرون بها، ثم أراد منعهم. قال ابن ناجي في كتاب الأيمان والنذر من شرحه للمدونة عند قولها : وإن حلف أن لا يدخل هذه الدار، فهدمت أو خربت حتى صارت طريقا، فدخلها لم يحنث، ما نصه : أُخِذ منها أن من ترك رَبْعه للناس يمشون فيه ولو طال لا يكون حبُسا، وهذا الأخذ نقله شيخنا حفظه الله وعرفته أنها وقعت في المدينة في أيام قلائل، وأفتى فيها شيخنا المذكور بما قلناه، فأوقفته على ما كان أفتى به بعض شيوخنا أنه إن طال مشْيُ الناس فيه، فإنه يكون حبسا، فرجع اليه في ذلك، وأفتى به. (هـ). وأجمل في قدر الطول وفي المشي، هل هو بالارجل فقط، أو به وبالدواب. وفي المنتخب لابن ابي زمنين.

سئل سحنون عن القوم يكونون في المنزل فيحَجِّر الرجل على أرض له، وقد كان أهل المنزل يسلكون فيها طريقا فقاموا عليه، فقالوا : قطعت طريقنا فأنكر أن يكون لهم طريقاً لازِما، فتنازعوا الى الحاكم، فأتى الذين زعموا انها طريق لهم ببينة، فشهدوا أنهم يعرفونها طريقا يسلكها الناس منذ عشرين سنة. فقال : كثيرا ما يكون هذا بين المنازل، ويختصر الناس في الأراضي، وربَّما تساهل الناس في ذلك، فإذا ثبت أن هذه الطريق من تلك الارض فليست لازمة لصاحب الأرض، إلا أن تكون الطريق الحافلة التي تركب من غير وجه، يطول ذلك فيها وينقطع الزرع منها نحو الخمسين والستين سنة. وأما الطريق المحظرة التي ربَّمَا قطعها الحرث فليست حجة على صاحبها إذا ثبتت كما ذكرت لك. (هـ). فساقه كأنه المذهب ولم يحك غيره، وكلام سحنون هذا هو في العتبية في كتاب الأقضية من نوازل سحنون، وقد نقله أيضا فقها مسلّما صاحبُ المعيار في نوازل الضرر، وبه أفتى شيخنا الجنوي حين وقعت، وهو ظاهر، والله أعلم. (هـ).

وقال أيضا : إن المرور في الأراضي خارج عن الضرر المذكور أي الذي يحاز بعشر سنين، وقد تقدم في كلام سحنون رضي الله عنه وجهُ خروجه، لقوله : وربما تساهل الناس في أرضهم...الخ، فلا معارضة. (هـ).

وسئل أبو زيد الحائك عن شجرة قديمة اضرت بجدار الغير.

فأجاب بقطع ما أضر من أغصانها، وهو قول مطرف وابن حبيب وأصبغ وعيسى ابن دينار، واستظهره ابن رشد وهو الراجح عند أبي علي قائلا : وبه يعلم ما في قول المختصر «وإلا فقولان»، مع وجود الترجيح، وما في قول التحفة : وتركها، وإن أضر، الأشهرُ. (هـ).

وسئل أيضاً عن جنان أصله واحد، غير أن بعضهم اشترى قبل بعض، وأراد من اشترى آخراً ان يفتح بابا فَمنعَه غيره.

فأجاب أن له أن يفتح حيث شاء إذا نَكَّب بابه عن جاره على ما هو الراجح، وقول ابن القاسم في المدونة، سيما وقد امتاز من اشترى اولا بدرب وترك غيره لغيره ممن شاركه يتصرف كيف شاء، فمن رام المنع ولا ضرر عليه، لا يجاب له ولا يساعَد عليه. (هـ). والله أعلم.

وأجبت عن سؤال يفهم من الجواب ونصه ؛

الحمد لله، حيث ثبت أن البيطار الذي أخصى البغل أعلاه من العارفين بالخصاء ولم يتعمد ولم يفرط كما هو الأصل في الأمناء كلهم البياطرة وغيرهم، وتكرر منه ذلك مع السلامة، ومات البغل من خصائه بعد ستة أيام فإنه لا غرم عليه بحال، والطمع فيه انما هو من المحال. قال الزرقاني في شرح قول خليل : «كطبيبٍ جَهِل أو قصّر» ما نصه : ومفهوم جهل أو قصر، أنه إن علمه ولم يقصر، بل فعل ما يناسب المرض في الطب، ولكنه نشأ عنه تلَف أو عيبٌ، فلا ضمان عليه، الا أن يقصد هو أو الجاهل أو المقصر الضررَ فيقتص منه. (هـ).

وقال الشيخ بناني في حواشيه نقلا عن ابن رشد ما نصه :

تحصيل هذه المسئلة أن الطبيب إذا عالج الرجل فسقاه فمات من سقيه، أو كواه فمات من كيه، أو قطع منه شيئا فمات من قطعه، أو الحجام إذا ختن الصبي فمات من ذلك، أو قلع الرجل فمات من ذلك، فلا ضمان على واحد منهما في ماله ولا على عاقلته. ونظم ذلك الإمام ابو عبد الله سيدي محمد

ميارة حاكياً الاتفاق على عدم الغرم في تكميل المنهج بقوله :

وكل من فعل ما يجوز له فنشأ الهلاكُ مما فعله
أو تِلف المال فلا يضمَنُ ما آل لَهُ الامرُ وفاقا فاعلما
كعارف بالطب إن هلك جَرا ومُوقِد التنور في دار الكرا

إلى أن قال :

وذاك في نوازل المعيار لا زلت في علم وفي اشتهار

قال في الشرح : يعني أن من قواعد المذهب أن كل من فعل فعلا يجوز له، فنشأ عنه تلف نفس أو فساد مال، فإنه لا ضمان عليه. قف عليه، فقد أطال. فظهر بهذه الأنقال أن ما التزمه البيطار المذكور من غرم عشرة ريال على البغل المذكور لا يلزمه، ولو دفعها لصاحبه لكان عليه ان يردها بلا كلام. قال ابن حارث : اتفقوا أن من اخذ من رجل ما لا يجب له بقضاء أو بغير قضاء ثم ثبتت الحقيقةُ أنه لم يكن يجب له عليه شيءٌ، أنه يرد ما أَخذ. (هـ). بنقل المحشي بناني والرهوني عند قول خليل : كانفشاش الحمل، وفيه كفاية، والله اعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل المحقق الزرهوني عن بيطار شُهِد له بالمعرفة، وتعاهَد العلاج والنفع به.

فأجاب : إنه حيث ثبت كون البيطار المسؤول عنه عارفاً بالعلاج وعهد النفع على يديه وأذِن له في المباشرة، ولم يقصر في استعمال ما يناسب المرض الذي عالجه، فأدى فعله للعطب، فلا ضمان عليه كالطبيب ومن في معناه، كما يستفاد من مفهوم قول خليل : كطبيب جهِل أو قصر.

ففي الزرقاني : ومفهومه أنه إن علِمَه ولم يقصر بأن فعل ما يناسب المرض في الطب ولكن نشأ عنه تلف أو عيب فلا ضمان عليه. (هـ).

وفي المواق عن الجواهر قال ابن القاسم : لا ضمان على طبيب وحجام

وخاتن وبيطار ان مات حيوان مما صنعوا به إن لم يخالِفوا. (هـ). ومثله في ابن مرزوق عن المجموعة. (هـ).

وفي نوازل الدماء والحدود في المعيار أن كل من فعل فعلا يجوز له أن يفعله، فآل أمره الى العطبِ فلا ضمان عليه. (هـ).

وفي ابن عرفة، الباجي : روى علي في المجموعة : من فعل ما يجوز له كحفر بئر بداره لغير ضرر أحد أو بدار غيره بإذنه فلا ضمان عليه.

ولابن رشد : من مات من سقي طبيب أو كيه أو قطعه منه شيئا أو بختن الحجام أو قلعه ضرسا، لم يضمنه إن لم يَخطأ في فعلها. (هـ). والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني. (هـ).

مسألة : يمنع الغرس والبناء بإزاء سور البلد إنْ كان فيه ضرر والا فلا. قال صاحب المغارسة : وكغرس وبناء بإزاء سور خيف العدو بهما أو حيث يضر بالطريق. قال في الشرح : يعني انه لا يجوز لأحد ان يغرس أو يبني بإزاء سور بلد من بلاد المسلمين حيث يتمكن العدو من التوازي بذلك الغرس أو بذلك البناء، وهذا ظاهر لا يخْفَى، وإنما نبهنا عليه لكثرة وقوعه في بلاد المسلمين الآن. وقد سئل بعضهم :هل للامام جبر أهلها على القطع والهدم.؟

فأجاب بتفصيل، وهو أنه اذا كان العدو متوقّعا فله هدمها وإتلافها ويعطيهم ثمنَها، وان كان نازلا أتلفت بلا ثمن، إلا ان يكون غرسه أو بناؤه قبل انشاء السور، بلا بد من الثمن على كل حال. (هـ). ولعله في القسم الاول لم يكن لهم بما طرأ شعور عند فعلهم، وأما اذا كانوا عارفين يتوقعون العدو أو تقدم اليهم فلا ثمن لهم لِتَعَدِّيهم، والله اعلم. (هـ).

وسئلت عمن اشترى خربة فحفر فيها، فألفى فيها ميضة ماء، بينها وبين حيط أروى متصلٌ بالخربة مقدار ثمانية أشبار، فحضر جماعة من الناس تسموا بأرباب البصر وقالوا لَهُ : يحفرها ويتبعها بالحفر حتى تصل الى جدار الاروى، ثم يخرجها ويشق بها الاروى، ثم يشق بها دارا ويوصلها الى عطارتها.

فأجبت : الحمد لله، شهادة الشهود أعلاه، أن الميضة قديمة، صحيحة، وحكمهم أن لرب الخربة تتبعها بالحفر الى ان تصل، باطل. إذْ المحل الذي يريد جريها فيه الآن، وَهو الاروى وما بعده، مملوك لغيره، فلا يجريها فيه الا برضى هذا الغير، وإلا لزم التصرف في ملك الغير بدون رضاه، وهو ضروري البطلان. على أنَّ أرباب البصر لا يحكمون في الاشياء لجهلهم، وإنما يصفون الأشياء هل هي قديمة أو حادثة، والحكم انما هو للقضاة. وقد نص القاضي المكناسي وغير واحد على أن القاضي ينهى ارباب البصر عن الحكم في الأشياء، وقد شاع اليوم وذاعَ أنهم يحكمون ولا نكير ولا ناهيَ، حتّى صار العوام يعتقدون أن ما قاله أرباب البصر لا يخالَف كأنه شرع مقرر.

قال في البهجة : وتقدم عند قوله : «وواحد يجزئ في باب الخبر»، أن القاضي يجب عليه ان يشترط على أرباب البصر ان لا يحكموا في شيء، وإنما يصفونه بما يزيل الإشكال وينظر هو فيه. (هـ).

وقال سيدي عمر الفاسي في مبحث العيوب من شرح التحفة : وجوب الرد وعدم وجوبه حكم شرعي، فمن أين للبياطرة أن يعرفوه، بل ذكرهم لذلك في وثيقة الشهادة فضول، وذكر قبله أنَّ ابن سهل وابن عتاب أنكراه، وأطال في ذلك. انظره.

ثم قال : فإن قلتَ قد عاب ابن سهل قضاء القضاة بشهادة البينة بالعيب، وأنه يحط من الثمن ويوجب الرد.

قلت : أما عيبه زيادةَ قولهم يوجب الرد له فظاهر، وأما الحط من الثمن فلا يظهر. (هـ). وعلى تقدير أن ما قالوه شهادة، فلا تصح أيضا، لعدم بيان مستند علمهم كما نص غير واحد على بطلانها بذلك. قال في البهجة : وكذلك الواقفون منهم على الحدود في الارضين والأْجنات ونحوها، حسْبهم أن يصفوا، لأن ارباب البصر ممن لا علم عندهم في الغالب قد يستندون الى دلائل ضعيفة لا تعتبر شرعا، أو معتبرة لكنهم ياخذونها على غير وجهها، فلذا وجب أن يذكرو الدلائل التي استندوا اليها من كون العقد والقمط ونحوهما لناحية كذا، ومن كون الحاجز في الحدود هو كذا. أما قبول قولهم : ظهر لنا ان الحائط لفلان والأرض لفلان

مطلقا من غير بيان كما عندنا في هذا الزمان، فمن الاستخفاف الذي لا يختلف فيه اثنان. (هـ). والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئل القاضي أبو سالم ابراهيم الكلالي عن رجل اشترى دارا خربة وبقيت على ملكه سنين متعددة، وبجواره دار تعمر منذ سنين تداول مِلكها وسكناها ثلاثة رجال واحداً بعد واحد، ثم بَعدهم سكنها وملَكها ولد الاخير من الساكنين مدة تزيد على عشر سنين، ثم إنه زعم أن الدار كان لها ماء، ومجراه على الدار الخربة، وأراد أن يجريه الى داره من الدار الخربة بعد أن بناها صاحبها وسكنها أزيد من عشرة أعوام، فأنكر صاحب الخربة أن يكون لأحد عليه مجرى وترافعا في ذلك، فوقف الشهود الى دار القائم، فوجدوا لها ساقية، ومراسم ماء الساقية القديمة تنتهي الى الدار الخربة، بحيث يعلم ان الماء الذي للساقية، إنما هو من الخربة، فزعم رب الخربة أن الدار كانت خربة مدة طويلة لا يوجد من يتحقق سكناها، وأن رب الخربة كان غائباً ببلدة بعيدة من خربته، فاشتراها منه وهو غائب، فعلى تقدير إن كان مجرى الساقية من الخربة فلا دليل على أنه أجراه رب دار القائم في حقه الواجب له في الخربة، بل يمكن أن يكون صنع صاحب دار القائم مجرى الماء ولم توجد بينة ترجح أحد الأمرين، عدا ما ذكرنا من رسوخ مجراها من الخربة تنتهي إليها، لَم يوجد كمال المجرَى في الخربة الى ان وصل لِأصل الماء المجاور للخربة الفاصلة بين الماء وبين دار العائم.

فأجاب : الذي أجاب به عبد الحميد الصائغ في مثل النازلة في قادوس حمام بالقيروان ما نصه : لصاحب الحمام أن يصلح الساقية ويجري ماء الحمام على ما كان في القديم. (هـ) محل الحاجة منه،وكمله الحافظ الونشريسي بما نصه. قيل : هذا واضح إن كانت رسوم الساقية باقية، وانما وقع دمارها لخلاء الموضع وجلاء اهله كما هو في القيروان بعد خرابها وعمران أقلها.

وأما لو فرضنا أنها غيرت آثارها، وضرب بقسائم في وسطها بحيطان، حتى علم بالعيان أنها قد انتقل عنها إلى غيرها كما هو الآن في بعض أزقة القيروان. فإن الصواب إمضاء الحكم بقطع مدعى الساقية. (هـ).

فالنازلة الموصوفة، إن شهد أرباب البصر بأن الساقية الموصوفة إنما تعذرت بالخراب والهدم فقط، فلربها إحياؤها وردها كما كانت في القديم، وإن وجدت أمارات تدل على انتقالها كبناء في جريها ونحو ذلك، فلا حق لمدعيها، هذا اقرب ما طالعته فيها يَقرب من نازلتكم. وأما ما يدعيه رب الخربة، من كون الساقية ربما يكون إحداثها في غيبة ربها ونحو ذلك، فدعواه مخالفة للاصل لا يُلتَفَتُ إليها.

والأصل بقاء ما كان على ما كان، حتى يدل الدليل على خلافه. استدراك قولكم في السؤال : ولم يوجد كمال المجرى في الخربة الى آخر السؤال، مما يدل على أن النازلة من حيز قول الونشريسي. وأما لو فرضنا أنها غيرت آثارها وضرب بقسائم في وسطها إلى آخر كلامه فتأملوه، فقد نقلناه لكم ليكون عرضة لنظركم. (هـ). من نوازل الزياتي. ومنها.

وسئل سيدي علي بن هارون عن مسئلة تظهر من جوابه،

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكر فإن كان أصحاب الساقية السفلى يملكون مِلكاً أصلياً ويقسمونه مع أصحاب الساقية العليا فلهم أن يحولوا ما يملكون مِن الماء حيث شاءوا، ولا يمنعهم أصحابهم من تحويله ولا أصحاب الأرحى، لما تقرر أنّ اصحاب الاشجار والزروع والثمار مقدمون على الطحن إذا قل الماء، وإن كان أصحاب الساقية السفلى ليس لهم الا ما يفضل من الساقية الاولى، فليس لهم تحويل ولا تبديل، وإن أشكل الامر هل هي فضلة أو قسمة، رجع لعوائدهم في السقي إن كانوا يقاسمونهم، فهو دليل أنهم يملكونه معهم، فهؤلاء يفعلون بملكهم ما شاءوا، وإن كان لا يسمح لهم إلا بالفضل فهو دليل على أنهم ما لهم حق إلا في الفضلة، فليس لهم تحويل، والله اعلم. (هـ).

ونص فتوى عمن اشترى ساحة بإزاء ديار وفيها طيقان تنكشف على تلك الساحة فطلب أرْبابُ الديار بغلقها، فأثبتوا قدمها، فأراد أن يبني حائطاً متصلا بالديار في تلك الساحة من غير فاصل فتشكّوْا ضرر ذلك، فشهد اثنان من أرباب البصر بأنه لا يمنع مِنْ ذلك، فوقع الجواب بما نصه :

الحمد لله، ما أجاب به العارفان بمحوّله من أنه لا يمنع صاحب الساحة من إلصاق الجدار الذي يريد انشاءه بساحته ملاصقاً بجوار تلك الدور المجاورة للساحة، بل هو موافق للنص الفقهي.

ففي المعيار **سئل** ابن رشد عن رجل له دار وجميع حيطانها له، وتجاورها عرصة لغيره أراد صاحب العرصة أن يبنيها داراً وأن يضم حيطانها إلى هذه الدار يلصقها إليه، أو يسند شيئا من حيطانه. بين لنا.

فأجاب : اذا لم يكن له في الحيطان شيء فليس له ان يسند اليها بُنيانه أو يغرز فيها خشبة، أو ما أشبه ذلك، إلا بإذن من له الحيطان، وأما ضم حيطانه اليها اذا لم يضر بها، فذلك له ان شاء الله. (هـ). وكتب عبد ربه احمد السلوي. (هـ).

ونص فتوى أخرى تعارضها، لِأنه شهد عارفان آخران بأنه يترك نحو الشبرين : وأما إلزاق الحائط الذي سيبنى بالحائط القديم، فدليل كون الحق هو الذي حكم به أرباب البصر من المنع أن الدار لا بد لها من حريم يرتفق به صاحب الدار لطرح التراب والمرحض ومصب الماء والميزاب.

قال الشيخ خليل : «ومطرح تراب ومصبّ ميزاب لدارٍ، (أي ما ذكر حريم لدار، سواء وَالَى الدارَ مَوات أو بَراح مملوك.

ففي فصل الارفاق من ابن سلمون : ويحكم للدار بما ترتفق به من مطرح تراب ومصب ميزاب ونحو ذلك من حريمها اذا كان حواليها مواتا، فإن كان ما حواليها متملكا فيحكم له من الحريم. لِما يرى أنه لها مِمَّا لا يضر بجاره. (هـ). وبه يقول عبد ربه احمد بن الحاج الهامشي غيلان. (هـ).

ونص فتوى أخرى تعارضها : ما اقتضاه نظر العارفين هاهنا من وجوب ترك الفراغ وعدم جواز الإلصاق، مصادم للمنصوص فلا عبرة به ولا يناط به حكم، وأما استصواب المفتي ما قالاه وما ظهر لهما، والاستدلال عليه بكون الدار لا بد لها من حريم، والاحتجاج على ذلك بنص خليل، مردود من وجهين :

أحدهما ما قلناه من المصادمة للنص، والثاني إنزال نص خليل في غير محله، والعدول به عن مركزه، فإن محل قوله «ومطرح تراب ومصب ميزاب لدار»، في الدار المحفوفة بالموات كما صرح به متبوعه وهو ابن شاس، إذ قال : حريم الدار المحفوفة بالموات ما ترتفق به من مطرح تراب ومصب ميزاب. (هـ). وقال ابن عرفة : مسائل المذهب تدل على صحة ما قاله ابن شاس. (هـ). نقل ذلك كله في التاج. وأما الدار المحفوفة بالأملاك كما هنا، فلا تستحق حريما يخصها. قال في المختصر : ولا تختص محفوفة بأملاك. فقوله بأملاك، متعلق بمحفوفة، ومتعلق تختص محذوف، قدره الزرقاني بقوله : بحريم خاص يمنع من انتفاع الغير» واستلزم ذلك أن لكل من الجيران الانتفاع بذلك. (هـ). على أن كلام ابن سلمون الذي نقله المفتي، صريح في الرد عليه، لتصريحه بما صرح به ابن شاس من تقييد استحقاق الدار للحريم بما اذا كانت محفوفة بالموات، والله أعلم، وكتبه عبد ربه أحمد السلوي. (هـ).

وأجبت عن ذلك، الحمد لله. لا يخفى على أحد أن ما أراده صاحب الساحة من بناء جدار ملصق بجدار جاره من غير فاصل بينهما؛ضرر عظيم يجب تغييره على من قدر عليه، لأن صاحب الجدار له ان يتصرف في جداره بالغرز فيه مثلا، وبالإصلاح والبناء إن تهدم، وبالتبييض والتجصيص وغير ذلك، ولا يمكنه شيء من ذلك مع بناء جدار ملصق به. وأيضا حفر جدار آخر على حده يؤدي إلى سقوطه أو توهين أساسه. وعليه فيمنع محدث الجدار الملصق من إحداثه قطعا، لما تقرر في مذهب مالك وأصحابه أن الضرر لا يجوز إحداثه بحال جملة وتفصيلا، لقوله ﷺ : لا ضرر ولا ضرار. وقال في التحفة :

ومحدث للجار ما فيه ضرر ... محقق يمنع من غير نظر
كالفرن والباب ومثل الاندر ... أو ماله مضرة بالجدُر

وفي المختصر عطفا على ما يمنع : « ومضر بجدار...الخ».

قال الشيخ أبو علي بن رحال : حاصله مهما كان ذلك يضر بالجار،

فالمنع كان المجاور داراً أو جنة أو بيتا أو غير ذلك. ثم قال : المضر بالجدار يرجع فيه للعارفين بالبناءات وما يضعفها أو يهدمها.

وبهذا يتبين أن ما شهد به عرفاء تطوان من ترك نحو الشبرين بين الجدارين هو الحق الصواب الذي لا شك فيه ولا ارتياب، إذ بذلك يتمكن صاحب الجدار من التصرف فيه بما شاء من هدم أو بناء أو إصلاح أو غير ذلك، وبه أيضا يرتفع ضرر سقوطه أو توهينه. تأمله. وأما ما سطر اعلاه في تلك الفتاوي الثلاث، فكلام يمجه الطبع ويصطحب على انكاره العقل والشرع. وبيان ذلك يتضح بنقل المقصود من الشهادتين: نص الاولى قيل لهما (أي للعارفين) : إن مالك الساحة يريد بناء حائط هناك للحمل عليه والغرز به، فهل لا بد من ترك فضاء بين حائط الدور، وهذا الحائط الذي أريد بناؤه، أو لا يلزمه ذلك ويلصق بناءه بحائط الدور.

فأجابا : إنه لا يلزمه ترك شيء اصلا بل يلصق بناءه ببناء الحائط. نعم ينبغي للباني ان لا يكشف عن جملة أساس ذلك الحائط أول مرة، بل يكشف طرفا منه، ثم يبنيه ثم يكشف عن طرف آخر ثم يبنيه، وهكذا محافظة على عدم توهينه.

ونص الثانية : والمشتري للساحة إن أراد بناءها فيترك لحيطان الديار نحو شبرين بينها وبين بنائه، بحيث يتمكن اهلها من تبييضها وإصلاح ما عسى أن ينشأ لهم منها. ولا يخفى على احد من أولي العلم فساد الشهادة الاولى، لان قول شهيديها : انه لا يلزمه ترك شيء اصلا، حكم شرعي، وليسا من اهله، إذ هما من العوام. «ليس بعشك فادرجي».

وقد قال المكناسي في مجالسه : إن على القاضي ان ينظر في شهود اهل البصر في المباني، ويشترط عليهم أن لا يحكموا في حائط لأحد، وإنما يصفونه بما يزيل الإشكال. وقد قال سيدي عمر الفاسي في شرح التحفة : وجوب الرد وعدم وجوبه حكم شرعي، فمن أين للبياطرة أن يعرفوه، بل ذكرهم لذلك في وثائق الشهادة من الفضول وإن قالوه على جهة المجازفة، فربما اغتر بكلامهم من لا معرفة

له، فقلدهم في ذلك وأخطأ الحكم الشرعي. إلى أن قال : فإن قلت : قد عاب ابن سهل قضاء القضاة بشهادة البنية بالعيب وأنه يحط من الثمن ويوجب الرد، قلت : أما عيبه زيادة قـولـهــم يوجب الرد له، فظاهر، وأما الحط من الثمن فلا يظهر أنه معيب. (هـ). ولئن قلنا، إن معنى تلك الشهادة أنه لا ضرر في بناء صاحب الساحة حائطه ملصقاً ببناء جدار تلك الديار من غير ترك شيء من الساحة أصلا، فتعارضها الشهادة الثانية، لأنها في المعنى شاهدة بضرر الإلصاق المذكور فتقدم عليها، إذ تكون حينئذ البينتان متعارضتين في الإلصاق، وهل هو ضرر أو لا، فيحكم حينئذ ببينة الضرر على ما به العمل، لقول التحفة :

وقول من يثبته مقدم... البيت.

وقد رجعت البينة الأولى إلى الشهادة بالضرر بعد نفيه حيث قالت : ينبغي للباني أن لا يكشف عن جملة أساس ذلك الحائط، فإن مقتضاها أن الكشف المذكور ضرر، فيكون عجزها مناقضا لصدورها. وقد اتفق المتأخرون على بطلانها بالتناقض. وقول المفتي المصحح لبينة الضرر : «فصاحب الساحة قد أنعم بامتثال ما أشار إليه العارفان من العمل المفضي للأمن من هذا المخوف والتوقي من هذا المحذور»، غير صواب، لأن الترقيع بعد التقطيع لا يجبر أحد على الرضى به قطعا، إذا كان في غنى عنه كما هنا، وكان حقه أن ياتي بدليل على ما قاله ولو ضعيفا، وإلا فهو ضروري البطلان.

وهبك وجدت العفو عن كل زلة فأين مقام العفو من مقعد الرضى
وما دَنِسٌ تبغي زوال سواده كثوب جديد لم يزل قط أبيض

وانظر أيضا قول العارفين : ينبغي للباني ان لا يكشف عن جملة أساس ذلك الحائط، وقول ذلك المفتي أيضا : ينبغي ويستحسن لصاحب الساحة... إلخ، فإن مقتضاهما أنه يجوز الكشف عن جملة أساس الحائط، إلا انه غير مستحسن، وهذا لا يقول به أحد، لما فيه من الضرر المحقق. بل قال ابن جلال كما في نوازل العلمي لما **سئل** عن نحو المسألة : لا يحل الالصاق المذكور على الوجه المذكور، ومسقط الماء من السقف والقرمود هو من حريم البيت. (هـ). فانظر

كيف أثبت لسقف البيت وقرموده حريما، فهذا الحائط كذلك، إذ لا يخلو عن السقف أو القرمود، تأمله.

والحاصل أن تلك الشهادة ينبغي الاعراض عنها لقلة فائدتها وعدم تحصيلها. وقول ذلك المفتي أيضا : أن هذا الذي أرشدتهما إليه معرفتهما وهداهما اليه اجتهادهما هو الموافق لنص من يقتدى به من سادات الاسلام. غير سديد. ونص المعيار الذي نقله لا يفيد ما زعمه ونصه :

سئل ابن رشد عن رجل له دار وجميع حيطانها له، تجاورها عرصة لغيره، فأراد صاحب العرصة أن يبنيها داراً، وأن يضم حيطانها الى حائط هذه الدار يلصقها به أو يسند اليه شيئا من حيطانه، بين لنا الجواب.

فأجاب : إذا لم يكن له في الحيطان شيء فليس له الانتفاع بأن يسند اليها بنيانه أو يغرز فيها خشبه أو ما اشبه ذلك الا بإذن من له الحيطان، وأما ضم حيطانه اذا لم يضر بها، فذلك له إن شاء الله. (هـ). فأنت تراه إنما تكلم على الصاق الحائط الحادث من طرفه بالحائط الاصلي، بمعنى أن صاحب العرصة بنى حائطها وجاء به حتى وصل الى حائط الدار، وأراد أن يضمه اليه ويلصقه به من طرفه فقط، وهذه ليس فيها ضرر بالحائط الأصلي، ولا قطع منافعه من جهة العرصة، بل منافعه باقية كما كانت قبل الضم بتمامها، ونازلة السؤال أراد ان يبني حائطا متصلا بالجدار الاصلي مسامتا له من طرفه الى منتهاه، وهذه فيها غاية الضرر للحائط الاصلي من جعة توهينه أو سقوطه وقطع منافعه بالكلية لعدم تمكن ربه منها بسبب ذلك البناء الحادث، ولا يلزم من جواز صورة ابن رشد لانتفاء الضرر فيها جواز هذه، لثبوت الضرر فبينهما كما بين الضب والنون.

راحت مُشَرِّقَةً ورحتُ مُغَرِّباً شتَّان بين مشرق ومغرب

ولئن سلم أن كلام ابن رشد يتنزل على هذه النازلة فلا يصح الاحتجاج به أيضا لأنه قيد بعدم الضرر، وهذه تبين فيها الضرر، وكذا الاحتجاج بقول المختصر، «ولا تختص محفوفة بأملاك»، لأنه يزعم أن المحفوفة بأملاك لا حريم لها أصلا،

والمختصر انما نفى عنها الاختصاص فقط، فكلامه يفيد أن لها حريما مشتركا مع غيرها، وبهذا يظهر ما في قوله : قد قلنا مرارا:إن ذلك مصادم للمنصوص. فالحق أن ما قاله هو المصادم للمنصوص لا ما قالوه، فإنه الموافق له.

وكذلك احتجاجه أيضا عن جواز البناء بقول المدونة: «وإن رفع بنيانه فأفسد على جاره كواه وأظلمت أبواب غرفه وكواها، ومنعه الشمس أن ترتفع في حجرته، لم يمنع من هذا. وقال ابن نافع : فيمنع من ضرر منع الضوء والشمس والريح»، ليس بشيء أيضا، لأن كلامها مقيد بما اذا لم يقصد الباني مجرد الإضرار وإلا فيمنع، ومقصود صاحب الساحة هنا هو الإضرار بالجيران، بدليل أنه أراد أولا أن يغلق لهم الكوات فقط، وحصر دعواه في ذلك كما في مقاله الاول، فلما لم يجد لذلك سببا لقدمها انتقل الى دعوى اخرى هي غلق للكوات في المعنى أيضا، الا ان فيها شدة التضييق بهم زيادة على الغلق. قال التوسلي في شرح التحفة بعد نقل كلام المدونة المذكور ما نصه : وهذا اذا كان للباني في رفع بنائه منفعة قصدها، وأما اذا لم يكن له في البناء منفعة وثبت ذلك فإنه يمنع كما قاله ابن عتاب، اذ لا ضرر اكثر من ان يمنع الانسان جاره الضوء والريح من غير نفع يعود عليه في ذلك. (هـ). ومثله في شرح العمل المطلق بلفظ تنبيه، ونظمه بقوله :

وضرر الأصوات لغو وكذا   رفع البنا ان لم يكن فيه أذى

قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

تنبيه : لا حجة في قول القاضي المكناسي ما نصه : فإن كانت الطَّاقُ أقدمَ من بناء الدار التي يطل منها عليها، ولم يمنع من بقائها على حالها، فأراد صاحب الدار التي يطل عليها بناءً في أرضه، بإزاء الطاق، يسد بسببه الطاق فهل يمنع من ذلك ام لا؟ قلت : قال ابن هشام:له أن يبني ولا يمنع كما لا يمنع ان يرفع بنيانه حيث شاء، ستر به الريح والشمس خلافا لابن نافع. قال ابن عرفة : وهو شذوذ.

قلت: ما لم يكن الطاق قديما لدخول الضوء منه، فإن كان كذلك قال فيه ابن عرفة عن ابي عمر في كافيه : إن كانت للضوء وهو يحتاج اليها فمنع جارها

من الطاق بنيانه اليها، فإن عمل في جواره كوة في قدرها وإزائها ينال منها ما كان ينال من الكوة من الضوء وغيره، فله ذلك.

قلت : فإن كانت لغير الضوء فلا يمنع من البناء ولو كانت قديمة. قاله المتيطي، ومثله في العتبية في سماع يحيى من كتاب السلطان. (هـ)، لأنه لم يتكلم على ضرر الحائط الاصلي، والكلام عندنا فيه، تأمله.

مسألة : قال في المختصر : «وروشن وساباط لمن له الجانبان بسكة نفدت وإلا كالمالك لجميعهم، أي يجوز إحداث روشن وساباط لمن يملك الجانبين في السكة، بشرط ان تكون السكة نافذة، وإلا فلا بد من إذن جميع أهل السكة. قال في مختصر الوقار : إذا كان لقوم، زقاق غير نافذ، وأراد بعضهم أن يفتح بابا لم يكن له، أو سقيفة أو عسكرا، فلهم ان يمنعوه من ذلك، فإن أذن بعضهم وأبى بعض، فإن كان من أذن لهم هم آخر الزقاق، وممرهم الى منازلهم على الموضع الذي يريد ان يحدث فيه ما يحدث فإذنهم جائز ولا حق لمن ليس له عليه ممر في شيء مما يريد ان يحدثه، وإن كانت الدار بطريق مسلوكة في حظ للمارة نافذ، فليس لأحد ان يمنعه. (هـ).

وقال ابن ناجي في شرح المدونة : والساباط لمن له الجانبان في السكة النافذة والرواشين، وهي الأجنحة، لا يجوز إلا بإذن أهلها. قال ابن عبد البر : ولم يحك ابن الحاجب غيره، وقبله ابن عبد السلام وابن هارون، وبه العمل أي بتونس، وظاهر سماع أصبغ ابن القاسم في الأقضية، خلافه. ووقعت بالقيروان. وورد حينئذ شيخنا أبو يوسف يعقوب الزغبي، فسأله بها بعض عدولها عما به العمل، فقلت : العمل على المنع. فقال كما قلت، فحكم بذلك. (هـ). وشهره الحطاب، ولكن اعتمد الزرقاني خلافه، وشهر أن له الإحداث بلا إذن مطلقاً، أي في السكة النافذة وغير النافذة، وضعف ما في المختصر، وتبعه أبو علي بن رحال في شرحه، ويؤيده ما في نوازل الضرر من المعيار عن سيدي عبد النور العمراني، وسيدي موسى العبدوسي، ونصه : إن كان الأمر كما ذكرتم فوقه فإن الذي يقتضيه ما في نوازل سحنون من كتاب الأقضية الثاني على ما فسره ابن رشد وما في تبصرة

الشيخ أبي الحسن اللخمي رحمه الله، إذا رفع القناطر التي يبنى عليها رفعاً بيناً بحيث لا تصل إليها رؤوس المارين الراكبين تحتها ولا يحدث بذلك ظلمة فيما تحت ذلك من الرائغة المذكورة، فإن له ان يحدث ذلك ويبني عليها ما شاء، وليس لجاره أن يمنعه من ذلك. ثم قال : هذا هو الصحيح الجاري على المشهور، وإن كان وقع لسحنون في أجوبته لحبيب، وقاله يوسف بن يحيى ان الروائغ والدروب التي لا تنفذ، كل ذلك مشترك منافعه بين ساكنيه، فليس لهم أن يحدثوا في ظاهر الزقاق ولا باطنه حدثا إلا باجتماع أهله، قال ابن يونس : هذا خلاف لما في المدونة،وما في المدونة أصوب، وهو قول مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب. وهذا بخلاف الدور المشتركة، لأن الدور المشتركة مشاعة لا يتميز حظ أحدهم عن صاحبه بما يفتح فيه مشترك، فلا يجوز إلا باجتماعهم،والدور في الروائغ والدروب الغير النافذة متميزة، فلكل واحد أن يصنع في ملكه ما لا يضر بجاره لقوله ﷺ : لا ضرر ولا ضرار. (هـ). ولهذا الذي ذكره ابن يونس من تصويب ما في المدونة، وهو مذهب مالك والجماعة المذكورة معه من أصحابه وتضعيف ما وقع لسحنون ويوسف بن يحيى قلنا : فالقول الاول هو الصحيح الجاري على المشهور، وذلك بين واضح، والله تعالى الموفق لا رب سواه. (هـ).

وبعده ما نصه : الجواب فوقه صحيح وبه نقول. وكتب موسى بن محمد بن معطي لطف الله تعالى به (هـ). وزعم الشيخ الرهوني انه لا حجة في كلام المعيار، هذا حتى ما نقله عن ابن يونس. قال : لأن الذي في المدونة هو فتح الباب لا إحداث الرواشن والساباط قائلا أيضا : وقول سيدي عبد النور هذا هو الجاري على المشهور أراد فتح الباب وان نكب عن باب جاره، ومقصوده قياس الرواشن والساباط على فتح الباب. ولذلك قال : هو الجاري على المشهور، ولم يقل هو المشهور، وهو قياس غير مسلّم، لان محدث الرواشن والساباط قد اختص بالانتفاع بهما، وانفرد بذلك عن سائر من شاركه في تلك السكة، مع أن انتفاعه انما هو بما شارك فيه غيره، لأن الهواء تابع لما تحته، بخلاف محدث الباب، لأنه إذا فتحه إنما تصرف في حائطه وهو مالك له، مختص به، فلم يقع منه اختصاص شيء من السكة على سائر من شاركه فيها، إذ ليس له بعد خروجه من هذا الباب

الذي أحدثه إلا المرور الذي شاركه في كل من له المرور على هذه السكة.

وقال قبل هذا ما نصه : لم يصرح سيدي عبد النور بأن ما قاله هو المشهور كما قيل، وإنما قال : هو الجاري على المشهور. إلى أن قال : وإنما أطلت في هذا، لأن كثيرا ممن يتعاطى العلم في عصرنا قد اغتروا بكلام أبي علي، وقد كنت مغترا به قبل وقوفي على شرحه، ولما وقفت عليه وعلى ما قدمته من النقول اتضح لي الحق وارتفع الاشكال، وفيه نظر من وجوه.

أما أولا، فإنه لم يقطع بالرواشن والساباط منفعة عن أهل السكة الغير النافذة، وهب أن لهم الانتفاع بالمرور فيها فأي نفع لهم في هوائها.

وقد قال ابن لب : القاعدة أن المرافق التي لا ضرر فيها، لا يمنع من أراد إحداثها، لأنه ينتفع، وغيره لا يتضرر. وقد اختلف العلماء في المرافق التي تضر بالجار فكيف ما لا ضرر فيه بوجه. (هـ).

وأما ثانياً : فإن قوله : لم يصرح سيدي عبد النور بأن ما قاله هو المشهور باطل، لأنه صرح بذلك في قوله، وهو الصحيح، إذ التشهير كما يكون بلفظ المشهور، كذلك يكون بلفظ الصحيح حسبما ذكره شراح المختصر عند قوله : مبينا لما به الفتوى، وهو حتى في الخرشي.

وأما ثالثا، فإن ما زعمه من أن كلام المدونة هو في فتح الباب، وسيدي عبد النور أراد قياس الروشن والساباط عليه، يرد بأنه اختار قول ابن عبد البر والنوادر وغيرهما، وهؤلاء لا يفرقون بين الباب والروشن والساباط، فزعمه أن الباب مخالف للروشن والساباط، لم يقل بذلك أحد من الفريقين. تأمله. وقد بحث فيه بعض أهل العصر ونصه : الحمد لله، لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه.

مسئلة : جعل الساباط لمن له الجانبان في سكة غير نافذة كثر فيها الاختلاف. ولنذكر مقدمة ثم ما تحصل عندي فيها، ولا يحيد عنه من نظره بعين الإنصاف، وإنما يلوي رأسه عنه من كان حظه من العلم الإنكار والاعتساف.

أما المقدمة فهي ما نقله الشيخ ميارة في شرح اللامية، أن الاختيار عند اختلاف فتاوى الفقهاء، الصلح، ثم نقول : ما مشى عليه الزرقاني رحمه الله من أن التفصيل بين النافذة وغير النافذة ضعيف... الخ، مفاده انه لا فرق بينهما في كون من لـه الجانبان، له جعل السـاباط في غيـر النافـذة... إلخ، ومـن تـأمل تقرير الشيخ بناني بفهم سالم، علم أن محط اعتراضه عليه إنما هو في تصريحه بضعف المقابل ليس الا، إذ المقابل قوي أيضا. والذي اختاره الزرقاني وضعف سواه، وإن لم يكن ضعيفاً، نقل الرهوني نفسه انه للمدونة،وأنه قول مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب، وهو الذي في سماع أصبغ. ابن القاسم في الأقضية : وما في المدونة نحوه في العتبية، وبه احتج ابن عرفة على ابن الحاجب ومن وافقه، وهو الذي في كتاب سحنون. وقال سحنون : ليس له منعه وإنما وضعت الخطور لهذا. وقاله ابن القطان وصوبه ابن سهل، وكذلك ابن رشد أطلق، وعلى هذا الإمام العبدوسي، وما في تبصرة اللخمي من أنه إذا رفع القناطر التي يبنى عليها رفعاً بيناً بحيث لا تصل إليها رؤوس المارين الراكبين تحتها، ولا يحدث بذلك ظلمة ما تحت ذلك من الرابطة، فإن له أن يحدث عليها ويبني عليها ما شاء، وليس لجاره أن يمنعه من ذلك.

ثم قال سيدي عبد النور : هذا هو الصحيح الجاري على المشهور. قال ابن يونس : والقول بالمنع خلاف لما في المدونة، وما في المدونة أصوب، وما أفتى به سيدي عبد النور صححه من تبعه. وإذا نظرت هذا علمت ان الايراد عند الشيخ بناني إنما هو على التصريح بضعف المقابل، ولذا بين قوة المقابل، ولم يخف على الزرقاني مع اتساع عارضته ما عند الحطاب، ولذا تبعه أبو علي في شرحه. وقال الرهوني نفسه : إنه الذي كان عليه أهل عصره وهو معهم عليه، ثم بدا له نسبتهم ونسبته للاغترار باعتراض أبي علي على الحطاب. وهلا قال : اغتروا بجميع من قدمنا، فأبو علي رأى الزرقاني على صواب في اعتمادهم عليه واعتمده، وما تحمله الرهوني من تأويل كلامهم قد انفرد به، ولولا الإعراض عن الطول لتكلم معه، ولكن نتكلم معه بكلامه فنقول : عمدته فيما رجع إليه مغترا بصورة اعتراض بناني

يظنها على غير الوجه الذي ذكرنا، على عدد القائلين بالمنع في غير النافذة، منهم ابن عبد البر، وصاحب النوادر، وابن يونس، والمتيطي، وابن الحاجب، وابن عبد السلام، وابن هارون، وابن عات، وابن سلمون، وابن عبد الرفيع، وابن هشام، عن المقامي وابن زيادة الله وابن حارث، وابن زرب وابن عتاب. ثم ذكر بقيتهم في التحصيل في آخر المسودة. وقال قبل ذلك : لا نص صريح فيما زعمه أبو علي إلا ما استثنى أي من كلام المعيار. وقال : إن ما نقله لا يعادل ما تقدم، سواء نظرنا الى عدد الائمة أو مراتبهم. (هـ). وهنا يتوجه الكلام معه.

أما قوله لا نص صريح، المعيار يرده. وأما قوله : سواء نظرنا الى عدد الائمة أو إلى مراتبهم نقول له : أنت كتبت بيدك في صدر القراض عند قول المتن : «وتارك إن زاد مؤجلا» ما لفظه : النظر إلى مجرد جلالة القائل ليس من دأب ذوي التحصيل. (هـ). وأنت كتبت ايضا كما في الضمان عند قوله، والقول له في ملائه ما لفظه : وقد علم أنه لا يعدل عن قول مالك وابن القاسم إذا اجتمعا. (هـ). وقد اجتمعا هنا على عدم المنع وعدم التفصيل بين النافذة وغيرها، وأنت كتبت ايضا عند قول المتن : «وإعطاء ارض لتغرس» ما لفظه : متى وجد قول ابن القاسم وسحنون، فلا يعدل عنهما. (هـ). وقضيتنا وجد فيها قولهما بعدم المنع، وكتبت في الوصية ايضا عن ابن مرزوق مرتضيا له ما لفظه : لا سيما وقائله : مالك وابن القاسم، فأين العدول عنهما وهما المرآن فلا تعدل بهما احدا. (هـ). وهما أيضاً القائلان في قضيتنا بخلاف ما اخترت وكتبت ايضا. قال صدر باب الحوالة ابن رشد : قال فيه الإمام ابن مرزوق : إنه المقدم نقلا وفهما، شهد له بذلك ابن عبد السلام فمن فوقه. ولعله ـــ والله أعلم ـــ عند : «وإعطاء أرض لتغرس» ما لفظه، ناقلا عن علامة الدنيا ابن مرزوق. ما نصه :

والظاهر عندي أرجحية فهم ابن رشد ومن وافقه، ولو لم يكن لابن رشد موافق على فهمه لكان استبداده به حجة، لأنه المتقدم نقلا وفهما كما شهد له بذلك من الأئمة ابن عبد السلام، ومن هو أكبر منه. (هـ). وبهذا يعلم كل من رأى هذا بالفهم والإنصاف، أننا إنما اعترضنا كلام الرهوني بكلامه، وتبين بذلك

انه بنفسه قائل حينئذ بعدم التفصيل بين النافذة وغيرها، وأن لمالك الجانبين جعل الساباط عليهما حيث لا يمس رؤوس المارين ولا يحدث ظلمة، وأنه تابع للزرقاني، وتابع لمن تبعه، إذ هو قائل : لا يعدل عن اجتماع قول مالك وابن القاسم وسحنون وقائل بأرجحية ما لابن رشد، وهؤلاء قد تقدمت نصوصهم، وهو ممن نقلها، فغاية الأمر ان المسألة خلافية، ولكن المعول عليه فيها قول من لا يعدل عن قوله، وقد رأيته. ودعا إلى هذا الإطناب اطناب الشيخ الرهوني رحمه الله، واتضح أن لا معول على ما أطنب به، والله أعلم وأعلى وأحكم، وكتب عبيد ربه وأضعف عبيده محمد السباعي كان الله له. (هـ)..

وسئل سيدي عبد الكريم اليازغي عن ساقية تسقى بها جنات وبلادات يعمل فيها البحائر وأنواع الخضر وتزرع فيها الحبوب، وقد تحتاج الساقية في بعض الاحيان الى الخدمة والاصلاح فيريد أرباب البحائر والأجنات والتصيير عليها فيطلبون من عداهم من أرباب الزرع ومن لا عمارة له في بلاده في ذلك الوقت أن يعطوا ما ينوبهم في فريضة الخدمة فيمتنع من ذلك من لا حاجة له بالسقي ولا ألجأته إليه ضرورة، ويزعم انه يجب ذلك على المحتاجين للسقي من أرباب البحائر والجنات، فهل يقضى على الجميع بالاصلاح والخدمة لأنه ربما احتاج للسقي فيما يستقبل فيجد الساقية متيسرة عليه فياخذ الماء مجانا، وفي ذلك ضرر كبير على أرباب البحائر والجنات، لما يلزمهم في ذلك من دفع الصائر الكثير وحدهم، أو لا ؟

فأجاب : إنه حيث كان من لا حاجة له بالسقي الآن ربما احتاج له فيما يستقبل فيجد الساقية متيسرة عليه وينتفع بها كما ذكر فالحكم في ذلك أن تكون نفقة الخدمة على الجميع من احتاج الماء ومن لم يحتجه. (هـ). كذا.

فأجاب : عن النازلة بعينها الاستاذ ابو سعيد بن لب بأنه **سئل** عن ساقية أبى الآن بعض من ليست أرضه مزروعة، فهل تلزمه موافقتهم أم لا؟

فأجاب : بأن تلك الخدمة التي احتاجت اليها الساقية، إن كانت منفعتها قاصرة على تلك السنة التي احتاج اليها الزرع في ذلك الوقت فنفقتها على

أصحاب الارض المزروعة دون من سواهم، وإن كانت منفعتها عامة لكل من يسقي عليها في كل وقت بعد ذلك، فالنفقة على الجميع، لكن على أصحاب الارض المزروعة منها بقدر منفعتهم الآجلة. (هـ) المراد منه، ونقله في المعيار في موضعين. (هـ). وفيه نظر. وهو قصور، لأنه خلاف الراجح، وخلاف قول ابن القاسم الذي اعتمده ابن رشد، انظر الحطاب والزرقاني عند قول المتن في الشركة : «وقضى على شريك فيما لا ينقسم». وانظر المواق ثمة، والله أعلم. (هـ).

ومن نوازل المعاوضات والبيوع من المعيار.

وسئل الأستاذ أبو عبد الله الحفار عن ساقية ترفع من الوادي، لكن عادة أهل ذلك الموضع في وقت السقي ينظرون ما في القرية من أرض مزروعة في وقت الصيف، وفي وقت الخريف، ويقسم ماء الساقية على جميع المزدرعة، وكل ما لا زرع فيه لا يخرج له شيء من الماء.

فأجاب : الساقية المأخوذة من الوادي ليست ملكا لأحد، وإنما يسقى بها ما يحتاج للسقي من نبات زرع أو شجر، فياخد الماء أهل الموضع لسقي زرعهم ومن لم يزرع فلا ياخذ من الماء بسبب ارضه لانه ليس في الوقت زرع، إنما ياخذ الماء ويتصرف فيه بالبيع وغيره من تملكه باشتراء لأصله، أو يكون عين ماء في ملكه قد بيعت فيه أو بوجه من وجوه التملك. وأما الوادي فلا ملك لأحد فيه، وإنما يسقى به الأول فالأول على ما أحكمته السنة وجرى عليه الناس.

وسئل أيضا عن قوم وقع بينهم نزاع على قسمة الماء الهابط من الوادي.

فأجاب : الماء الهابط من الوادي وترفع منه ساقية تسقي أرض القرية المذكورة، فهذا الماء في أصله غير متملك لأحد، لكن القوم الذين رفعوا الساقية منه يسقون ارضهم منه الأول فالأول ثم الذي يليه كذلك الى آخر أرضهم، وليس لغيرهم أن يدخل معهم ولا أن يسقي به حتى يفرغ القوم الذين سبقوا اليه، وليس لأحد أن يبيع الحظ الذي كان يسقي به أرضه، إنما له أن يسقي أرضه إذا احتاجت للسقي، لأنه لا يملك الانتفاع به وهو السقي عند الحاجة اليه فلا يبيعه ولا يورث عنه إلا الانتفاع به. (هـ).

وسئل عن كيفية سقي أرباب السواقي.

فأجاب : حكم ﷺ في الماء أن يسقي به الأعلى فالأعلى، وهو في الماء الذي لا حق فيه ولا متملك لاحد كماء السيول وشبهها فينزل المطر ويجري في مجرى فيسبق فيه الأعلى أرضه ليسقيها، فإذا فرغ ينقله الذي تحته لأرضه كذلك، فالحق فيه للأعلى ثم الذي يليه، هكذا، ولا يدخل في ذلك أهل قرية يرفعون ساقية من الوادي، وحقوقهم في ذلك مستوية، بل يسقون على ما جرت به عادتهم، ويسقى في مثل هذه المسئلة الأسفل قبل الأعلى، والأعلى قبل الأسفل على حسب حاجتهم. (هـ).

وسئل عن أهل قرية أرادوا رفع ساقية من الوادي الجاري بأرضهم ومن تحت موضع رفع الساقية بمقدار ميلين ساقية قديمة مرفوعة من الوادي المذكور فأراد أصحابها منعهم للضرر اللاحق لهم.

فأجاب : إحداث هذه الساقية، إن كان يضر أهل الساقية السابقة فيمنعون من احداثها ولا يكون ذلك الا برضى منهم. (هـ).

وسئل من يتسمى عن قضية واد خرج من رأس جبل وينتفع به كل من اراده وقدر على خروجه في أرضه، ثم إن رجلا أخذ ماء لأرضه منه وجعل عليه رحى وبقيت تطحن بالماء المذكور نحوا من اربعين سنة ثم إن آخر أحدث رحى أخرى بأرضه تقابلها، ورفع لها ساقية من الوادي المذكور فنازعه الاول وقال له : إن علي في ذلك ضرراً، لكون الماء يقل، هل له في ذلك متكلم؟

فأجاب : الحمد لله، حيث كان الأرحى السفلى قديمة والجرية اليها على ما في السؤال اعلاه وأربابها حائزون للانتفاع بها من قديم الزمان، فليس لغيرهم ان يحدث عليهم ما يمنعهم مما كان لهم.

قال ابن لب : السواقي القديمة تتعلق بها حقوق المنتفعين بمائها، وتصير تلك الحقوق متملكة لهم بطول الحيازة، فليس لقوم أن يرفعوا ساقية فوق هذه الساقية. (هـ). وهذا هو الجاري على قول سحنون انه اذا أحيى الاسفل قبل الاعلى فالقديم أولى كما أشار اليه المواق، وهو مفهوم قول المتن سقي الأعلى «إن

تقدم» والله أعلم، وكتب عبد الله تعالى محمد التاودي بن سودة تغمده الله برحمته آمين.

وسئل أبو عبد الله المسناوي عن واد ليس ماؤه ملكا لأحد وإنما هو من جملة المياه المباحة لكل أحد، وعلى هذا الوادي أرحى، الماء الذي تدور به مجلوب لها من الوادي المذكور في ساقية، وملك هذه الارحى رجل فيما قرب من سنة ثمانين وألف. ثم في قرب عام 1094، عمد صاحب الأرحى إلى الساقية المجلوب فيها ماء الرحى واستخرج منها جدولا جلب فيه بعضا من ماء الساقية المذكور، وهذا الجدول استخرجه من هذه الساقية قبل أن تصل الى الأرحى، وذهب بالماء المجلوب في الجدول ليسقي به بعض الجنات والأراضي له ولغيره، وما يفضل من ماء الساقية عن هذا الجدول كان يكفي الأرحى لدورانها. ثم في سنة 1111 حدثت ارحى اخرى أسفل من المحل الذي به الارحى المذكورة، وهذه السفلى في العدوة المقابلة لعدوة العليا، وماؤها مجلوب بها من الوادي المذكور، وجلبه لها من محل هو بعد أن يرجع الى الوادي ماء ساقية الأرحى العليا، ثم في سنة 1117 احدث من له الأمر مجازا على الوادي المذكور، فتعطلت بسبب هذا المجاز الارحى العليا القديمة وسقي الاجنة بالجدول المذكور من ساقيتها، غير أن للأجنة والأراضي المذكورة ماء آخر غير هذا تسقي به، واستمرت الأرحى السفلى على دورانها والطحن بها من حين احداثها الى الآن، وفي هذا الحين وهو سنة ثلاث وعشرين ومائة وألف، أراد مالكوا الارحى العليا المعطلة ان يستخرجوا من الوادي المذكور من المحل الذي هو في القديم محل رجوع ساقية الأرحى القديمة الى الوادي ساقية لتسقي بها الاجنة والاراضي المذكورة، وهذا المحل بأسفل المجاز، ومنه نفسه جلب ماء الأرحى السفلى المذكورة، وجلب الساقية من هذا المحل مضر بالأرحى السفلى ومفض إلى تعطيلها، إذ ما يذهب في هذه الساقية من الماء لا يرجع الى الوادي الا من محل أسفل من الارحى السفلى المذكورة، وذلك خلاف ما كانت عليه ساقية الأرحى إذ كانت مستخرجة من اعلى الوادي مما فوق المجاز المذكور، وترجع الى الوادي تصب فيه فيما فوق الارحى السفلى، وهذه الارحى السفلى حازت ماءها على الوجه الذي ذكروه مدة من اثنين وعشرين سنة، فهل سيدي والحال ما ذكر ووصف لمالكي الأرحى السفلى، منع مالكى الارحى العليا من احداث هذه الساقية واستخراجها

من الوادي على النعت المذكور لما عليهم من الضرر في ذلك، ولا حجة لمالكي الأرحى العليا في قولهم : إن الماء ماؤهم، وإنهم حيث تعطلت ارحاهم ولم يبق لهم انتفاع بها يذهبون بمائهم حيث شاءوا، ومن أي محل أرادوا، أم ليس لمالكي الارحى السفلى منعهم مما ذكر، وما احتجوا به ناهض لهم، أجيبوا مأجورين، والسلام.

فأجاب : الحمد لله، أما قدر الجدول الذي كان يرفع من الساقية القديمة لسقي ما ذكر من الجنات والاراضي فلا وجه لمنع ارباب الرحى المعطلة من استخراجه وأخذه من الوادي المذكور من حيث شاءوا، حيث تعطل المجرى الاول جبرا عليهم بل ولو تركوه اختيارا، ولا مقال لأرباب الرحى الثانية الآن في ذلك، إذ لم يحدث بأخذه على النعت المذكور عليهم ضرر لم يكن قبل، لكون مرجعه إلى الوادي كان تحت رحاهم اذ ذاك، فلم يكن لهم انتفاع يراجعه الا بعد استغناء اربابه عنه، فلم يفوت الاخذ المذكور عليهم حقا واجبا ولا أوجب عليهم ضررا حادثا.

والقاعدة كما قال شيخ الشيوخ أبو سعيد بن لب : إن المرافق التي لا ضرر فيها لا يمنع منها من أراد إحداثها لأنه ينتفع، وغيره يستضر.

وقد سئل ابن رشد عن ماء أجراه الله من غير انشاء مخلوق له فاقتطع قوم منه جزا كبيرا وأجروه في ساقية على ارض غيرهم، واقتسموا ماء الساقية المذكورة بين دورهم ليشربوا منه، ثم ان من كان فوقهم اراد ان ياخذ من تلك الساقية شيئا ينتفع به، فهل لهم منعه من ذلك؟

فأجاب : له ان يرتفق من الماء معهم بقدر ما لا يضر بهم. (هـ)..

ونازلة السؤال احرى بعدم المنع، لأن الساقية من عمل القوم، وهذا الوادي ليس من عمل المتنازعين هنا، ولأن مريدي الاخذ منه كان لهم حظ قديم فيه، فكيف يمنعون مما كان لهم اختصاصا وحوزا ولا ضرر يحدث به على غيرهم. وإنما يكون المنع مطلقا في الأملاك والوادي المذكور غير مملوك على ما في السؤال. أما ما زاد على ذلك القدر من فاضل ماء الساقية المدير للرحا العليا فمقتضى ظواهر النقول التي وقفنا عليها في هذا المعنى عدم تمكينهم من اخذه من الموضع المذكور،

حيث كان في ذلك إحداث ضرر على ذي الرحا السفلى اذ لا ضرر ولا ضرار.

وسند ما ذكرنا ما في المعيار عن ابن لب من انه **سئل** عن رحى تحت اخرى قديمة رفع سدها اي القديمة في غير موضعه الأول، وذلك يضر بالمحدثة.

فأجاب بقوله : أما مسئلة توصيل الماء فيحمل المتنازعون في ذلك على العادة القديمة، فمن أخل بشيء منها أجبر على العود اليها. (هـ) المراد منه.

وقول الأستاذ ابي عبد الله الحفار في نازلة اخرى من هذا المعنى : العادة القديمة يجب الحكم بها، ولا يجوز ان تخالف بإحداث شيء عليها لم يكن له أصل في القديم الا برضى من أصحابه. (هـ). ومرادهما حيث يكون في خلاف العادة ضرر. أما حيث لا ضرر فلا. كما يؤخذ من كلامهم أيضا.

وقد نبه على ذلك شيخنا ابو محمد عبد القادر الفاسي فيما كتبه في الرد على من زعم ملكية وادي مصمودة، ولا حجة لهم ان الماء ماؤهم ويذهبون به حيث شاءوا ومن أي محل أرادوا، لما ذكر الاستاذ أبو إسحاق الشاطبي من ان مياه الفلوات والاودية لا تستحق ملكا لمجرد الانتفاع بها دون استحقاق أصلها إلى ان قال : فإذن مجرد الانتفاع بالماء غير المملوك الأصل مدة الحيازة أو أقل أو أكثر لا يكون سببا في التملك. (هـ).

ونص ابن رشد في البيان على أن أصول المياه لا تستحق بالانتفاع بها. وقال القوري في جواب له : إن حيازة الماء دون حيازة أصله لا عبرة بها. (هـ). وحيازة أصله تكون بابتياع أو ميراث أو غير ذلك مما تثبت به الاملاك.

وأما ما نقله المواق عن ابن لب من ان السواقي القديمة تتعلق بها حقوق المنتفعين بمائها، وتصير تلك الحقوق متملكا لهم بطول الحيازة، فقد تعرض شيخنا المذكور لتأاويله بما لا يخالف ما قبله، فلينظر ذلك في تقييده المذكور، ولا حجة لهم ايضا فيما ذكره ابن رشد في نوازله من انه اذا احتيج الى الماء للسقي وطحن الارحاء، فالسقي أولى من الطحن كان الأسفل أو الأعلى، تقدم أو تأخر كما ذكره شيخ شيوخنا أبو عبد الله محمد العربي الفاسي في بعض أجوبته من ان التقديم المذكور صحيح في الجملة، إلا أنه اختصت النازلة بما ليس في الجملة. (هـ).

والذي اختصت به نازلة السؤال هو اكتفاء السقي فيها بالماء الذي أشار اليه السائل بقوله : غير أن للأجنة والارض ماء آخر غير هذا تسقى به، وبقدر جدولها القديم المذكور حكمه صدر الجواب، فلا يخاف على المسقي بذلك هلاك حتى يقال : انه يقدم على الرحى، وإن أدى إلى تعطيلها، ارتكابا لأخف الضررين، والله أعلم. وكتب من خط من ذكر بواسطة بعض الاعلام عبد ربه محمد العربي الزرهوني. (هـ).

وقع **السؤال** عن واد منصوبة عليه رحى ينزل ذلك الوادي الى رحى أخرى حتى يصل الى مجتمع ماء المدينة، وهذا الوادي ينتفع به المسلمون برحى كناستهم وسواقيهم، وبنيت عليه دور وطرازات، وصارت جدراتها هي حفيظته، ثم إن صاحب طراز خرب الوادي المذكور جدار طرازه، فطلب من صاحب الرحى أن يبني له ذلك الجدار، وكذلك من أرباب السواقي النازلة في ذلك الوادي، وبالضرورة ان الوادي أقدم مرورا من تلك الاماكن المبنية، لأنها لو كانت الدور وغيرها أقدم لمنعوا من رام مرور ذلك الوادي عليهم، فبين لنا سيدي، هل يلزم مالك الرحى وأهل السواقي اصلاح ما أفسده الوادي ام لا يلزمهم شيء لأنهم لما بنوا عليه دخلوا على ذلك، بين لنا سيدي ذلك.

والجواب ، الحمد لله، هذه النازلة هي التي وقعت بتلمسان.

فأجاب فيها الامام أبو عبد الله بن مرزوق بجوابه المسمى بالروض البهيج. محصل السؤال الذي أجاب عنه الشيخ المذكور أن نهرا قديما يشق المدينة من اعلاها الى أسفلها تصرف اليه قنواتها ويسقي به أهل الجنات بعد خروجه عنها. ثم ان النهر المذكور هدم بعض حيطان الدور المتصلة به فطلب ارباب الدور المتصلة من الذين ينتفعون بالنهر بناء ما تقدم لهم. فقال الامام المذكور في صدر جوابه : إن كان الامر كما وصف لا يلزم ارباب الجنات ولا أرباب الدور بناء ما تهدم، بسبب جري الماء المذكور، إذ لا يخلو حال جري الماء المذكور من ثلاثة أوجه، إما أن يعلم تقدمه على بناء الدور التي تشكّى أهلها ضرورة، أو يعلم تأخره على بنائها، أو يجهل الامر، فإن كان الاول فلا خفاء بأن لا متكلم لهم لان تعمدهم البناء رضي منهم بما يحدث من ضرره وإن كان الثالث فكذلك، لأن إعطاء حكم السبقية أو التأخر مع احتمال الامرين على السواء ترجيح من غير

مرجح، إلا أن يحدث على أهل الدور في القسمين ما لم يعتادوه من المجرى المذكور بشيء زيد فيه فلهم التكلم عند احداثه، وإن كان القسم الثاني فسكوتهم كما ذكر، مع تطاول الآماد إن لم يمنعهم مانع من التكلم، دليل على رضاهم بما أحدث عليهم وإسقاط لحقهم فيه، وبدون هذه المدة بكثير يحاز الضرر في حق المعينين، وفي حق غيرهم، فكيف بما لا يعرف أهل قرون مبدأه على ما وصف السائل، فلما لم يمنع أصله على تطاول الآماد لم يكن للقائمين المذكورين قطعه ولا القيام بضرره، وإن أمكن تأخره على ما ترى من النص فيما اتى عليه من السنين اقل من هذا بكثير مع العلم بحدوثه.

والحاصل من الأمور الثلاثة أن هذا ضرر قديم، وكل ضرر قديم لا يمنع منه، وكل ما لايمنع منه من الضرر لا يغرم. ثم استدل الامام المذكور بما يطول جلبه فليراجع جوابه.

وقد **أجاب** في النازلة ايضا تلميذه الامام أبو عبد الله محمد بن العباس، وصدر الجواب بقوله : إصلاح ما تهدم من المجرى المذكور انما هو على ارباب الدور، لما تقرر في القواعد والأصول أن ما لك أن تفعله ففعلته، فتولد عنه ضرر أو هلاك لم تضمن ما عطب به، ثم جلب بعض ما يشهد لذلك من النصوص، وفي هذا القدر كفاية، والله أعلم. وكتب عبد الله محمد بن عبد القادر غفر الله له. (هـ).

وبعده، الحمد لله، الجواب أعلاه صحيح، ولا خفاء في مطابقته للمسئلة المنقول عنها، وناهيك بابن مرزوق علما والله أعلم. (هـ) كاتبه محمد بن احمد القسنطيني لطف الله به آمين. (هـ).

الحمد لله، سيدي رضي الله عنكم، جوابكم السديد في ماء وادي مصمودة، إذ قل ماؤه وآلت فيه الحال، إلا أنه ان صرف منه شيء الى الارحى بحيث ينتفع به في الطحن يضر ذلك بجنات المرج التي شربها منه، وان صرف الى شرب الجنات على العادة لم يبق للأرحى منتفع بالماء الطحن، فهل يغلب جانب الارحى ويترك الجنات للهلاك، او ارباب الجنات ويتعطل الانتفاع لأرباب الرحى مدة احتياج الجنات إلى ذلك في زمن الحر؟ بينوا لنا ذلك مأجورين والسلام.

الحمد لله وحده.

الجواب : والله الموفق للصواب، أن أصحاب الجنات أولى بالماء المذكور من أرباب الأرحى المذكورة، وسواء ثبت قدم الأرحى قبل غرس الجنات أم لا، لأنه إذا قدمت الأرحى عليها يؤدي الى دثورها، كذا نص عليه ابن رشد في أجوبته نصاً صريحاً عن محققي شيوخنا ــ أي شيوخ المذهب ــ رحمهم الله، وإنما منعنا من الفتيا والحكم به قديما عدم المساعد وغلبة الجهات، ثم لما من الله سبحانه على المسلمين بمن يقبل الحق ويرد الأمور إلى الشرع، وجب علينا الجواب بالحق، تمكينا لأرباب الحقوق من حقوقهم، وكل ما صدر منا من الفتاوى بإعطاء أرباب الجنات الأكرية لأرباب الرحى، إنما ذلك على وجه الصلح والمصلحة مخافة طول الخصومة بين الفريقين، لئلا يؤدي إلى دثور الجنات، فلما رأينا شغبا لا ينضبط الأمر فيه بين الفريقين، وجب علينا التصريح بما يخلصنا شرعاً، وبالله سبحانه التوفيق. وكتب عبد الله العبدوسي لطف الله به.

وبعده فتيا الشهادة عليه بإشهاده أن الجواب من أوله إلى آخره له وبخطه، وأن الفتيا المذكورة فتياه التي نقلوها، واختارها من أقوال العلماء رضوان الله عليهم، ثم خطاب من يحب الأعمال، ثم حكم قاضي الجماعة بفاس محمد بن راشد العمراني بمقتضى فتوى العبدوسي المذكور بموافقتها لما نص عليه الائمة في الدواوين المعمول بها المشهورة من أنه لا حق لأرباب الرحى في الماء الا فيما فضل عن شرب الجنات الشرب المعهود في زمن الحاجة إليه حكما تاما اشهد به على نفسه من أشهده.

وبعده، الحمد لله، ما أفتى به الشيخ الصالح قدوة المغرب وأعلم أهل عصره أبو محمد العبدوسي رحمه الله، واعتمده القاضي أعلاه، صحيح. وكفى بالإمام العبدوسي حجة، فهو ممن تصحح بقوله أقوال من بعده، لا ممن يصحح قوله بأقوالهم. وقد أفتى بهذا قبله الإمام القاضي أبو الفضل عياض رحمه الله، فقال : إن أصحاب الجنات أحق بالسقي من أصحاب الأرحى وإن كان إنشاء جناتهم بعد إنشاء الأرحى، فإذا استغنى عن السقي صرفه أهل الأرحى إلى أرحاهم، والله

الموفق سبحانه، وكتب محمد الطيب بن محمد بن عبد القادر الفاسي كان الله له.

وبعده، الحمد لله، ما أفتى به سيدنا أبو محمد عبد الله العبدوسي رضي الله عنه ذاك الإمام المتبع الصالح القدوة، وحكم به قاضي الوقت إذ ذاك وصححه المصحح أعلاه، كل ذلك صحيح، لا سيما وهو منسوب لمثل ابن رشد والقاضي عياض رضي الله عنهما، والله أعلم. وكتب عبد الله سبحانه العربي بن احمد بردلة كان الله له.

وبعده، الحمد لله وبمثل ذلك المذكور اعلاه يقول العبد الفقير لرحمة مولاه محمد بن احمد المسناوي كان الله له. (هـ).

وسئل من يتسمي بما نصه : سيدي، جوابكم عن وادي محروسة فاس أتى من أعلاها وشقها شقاً، وأخذت منه أجزاء من جداول وقواديس وانتشرت في عرصها ودورها وحماماتها ومساجدها إلى أن وصل ذلك الوادي إلى الحومة المعروفة بالمعادي، استعمل له سد عظيم لردعه لأن يصل إلى سقي دور ومساجد وغير ذلك، وهذا السد قديم مرت عليه السنون المتطاولة، وأمم كثيرة، بحيث لا يذكر محدثه لا مشافهة ولا بوسائط متعددة لأجل طول زمانه. ثم إن مجدلة عظيمة هي بأسفل ذلك الردع يعظم شربها بسببه، وهي قديمة بقدمه، بل لا يدرى من السابق منهما في الأزمان، ولما كان الماء كثيراً بذلك الوادي لم يضر الأعليين شرب تلك المجرلة، بحيث أنه يصل إليهم الماء ونعني بكونه أعلى من جهة مشربه أي أخذ قسمته من الموضع المرتفع بحيث إنه إذا كثر الماء وانتشر وعمر جوانب النهر، فإن تلك المشارب العالية يصل إليها من الماء الحظ الأوفر، وإذا قل ماء ذلك النهر فإنه يضعف شرب تلك المشارب لعلوها كما أنه يضعف ماء القواديس الآتي من ذلك الردع لقلة مائه حينئذ، والآن سيدي، لما رأى الأسفلون والأعلون المذكورون، سماهم بذلك لتأخرهم في الماء فهم أعلى صورة واسفل لتأخرهم في في أخذ الماء، الذين ياتيهم الماء بسبب الردع المذكور ذلك ليصل ارادو تضييق بهم المجرلة المذكورة وإزالة السد الذي ينشأ عنه الردع المذكور ليصل الماء إلى الدور وغيرها مما يتعذر وصل الماء اليه بدون ذلك وليكون الناس كلهم على حد سواء في الانتفاع

بذلك النهر بحيث إنه إذا كثر ماؤه، كثر للجميع ماؤه وإذا قل ماء ذلك النهر قل على الجميع، ولم يتعذر انتفاع البعض، فما الحكم في ذلك سيدي، هل تراعى هذه المنفعة العامة المفضية إلى شرب جل دور المدينة ومساجدها أو إنما يراعى ما هو عليه الحال، إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان مع مراعة الاستصحاب، أجيبوا مأجورين، والسلام.

الحمد لله،

الجواب : والله الموفق للصواب، إن هذا الماء المحوز بيد أربابه في الدور وغيرها السنين المتطاولة والآماد المديدة لا تغير مشاربه عن حالها، ولا يجوز لأحد أن يبدل فيها أو يغير أو يرد الأعلى، أسفل أو الأسفل أعلى أو يضيق ما كان مفتوح المشرب أو يوسع ما كان ضيقه، كل ذلك حرام لا يجوز لاحد ان يرتكبه الا برضى جميعهم، بهذا تظافرت نصوص الأئمة، وذلك لأن الحوز مع دعوى الملكية السنين المذكورة معتبر شرعا معتد به.

وقد **سئل** الإمام أبو الفرج بن لب عن نهر قديم هابط من جبل على قرية إلى بسيط قرية أخرى أسفل من القرية العليا وأهل البسيط الأسفل، لهم منه ساقية بأعلى قريتهم أسفل القرية العليا ترتفع من النهر متملكة لهم قديماً، وماء الساقية لهم مؤقت بساعات وأيام معلومة، وأملاكها عظيمة الأثمار، وأهل القرية العليا لم تكن لهم ساقية قط ترتفع من النهر إلى أن قام الآن عند شدة الحاجة الى الماء أهل القرية العليا يطلبون رفع ساقية من النهر.

فأجاب : العادة القديمة يجب الحكم بها، ولا يجوز أن تخالف بإحداث شيء عليها لم يكن له أصل في القديم إلا برضى أصحابه. (هـ). فأنت ترى كيف حكم العادة ومنع من مخالفتها، وهذا المعنى تحكيم العادة هو من الامور التي ينبني عليها الفقه، ذكره الامام السبكي عن القاضي الحسين قبيل الكتاب السادس من جمع الجوامع. الحاصل أن ذلك الماء متملك لأربابه، محوز بأيديهم، مقسوم على أجزاء متوافرة بمشارب مختلفة ضيقاً واتساعاً، سفلا وارتفاعاً، منذ أزمان عديدة، فلا يجوز التصدي إلى تغييره عن حاله بدون رضى جميع اربابه، وكل منهم وما قسم

له، والله فضل بعضكم على بعض في الرزق. فمن ضاق عنه رزقه من ذلك الماء بسبب ارتفاع مشربه لا يتأتى له أن يصل الى ماء غيره وهو لا يحل له شرعا. وفي هذا القدر كفاية، والله أعلم. وكتب عبد الله سبحانه محمد حمدون بناني وفقه الله وغفر له. وبعده.

الحمد لله،

الجواب أعلاه صحيح، والماء يبقى على ما هو عليه من غير تبديل ولا تغيير، لأن الحوز مع طول الزمان، متى جهل كيف كان أصله فإنه يقطع دعوى كل مدع، سواء كثر الماء أو قل، مع أنه تقدم زمان، والناس في غاية التمكن من الإيصال إلى حقوقهم، ومضت الدهور على ذلك ولا نكير، فكل من يدعي غير هذا فهو مدع للباطل، والعادة تكذبه، وما بعد الحق الا الضلال، والله أعلم. وكتب علي بن عبد الواحد بوعنان الحسني خار الله له،

وبعده : الحمد لله، ما سطر اعلاه من الجواب والتصحيح عقبه، صحيح، وبه يقول العبد الفقير لرحمة ربه محمد بن محمد بن حمدون بناني.

وبعده : الحمد لله، الجواب أعلاه وتصحيحاه صحيح لا مزيد عليه ولا التفات الى سواه، فالعدول عن مضمنه تضييع لأموال الناس، وهجوم عليها بغير وجه شرعي وإعراض عما أصله أئمتنا رضي الله عنهم من القواعد والفروع، فالوقوف مع مضمن الجواب اعلاه واجب، والعمل به حق، والله اعلم، وكتب عبد الله تعالى يعيش بن الرغاي وفقه الله. (هـ).

قلت : وفي شرح ابي علي ما نصه : وفي أجوبة ابن رشد، إن أنشأ قوم جنات على ماء سبقهم ذو رحى بإنشائها قبل انشائهم، قدموا في السقي على أصحاب الرحى، فإذا استغنوا عن السقي صرفوا الماء لأرباب الأرحى، لقوله ﷺ يمسك الاعلى الماء للكعبين ثم يرسله للاسفل فلم يخص الاعلى بكل الماء دون الاسفل، وكذا أصحاب الأرحى لا يختصون بجميع الماء لأرحائهم. (هـ).

وفي نوازل المياه في المعيار : الغارس أسفل الاول أولى من الأعلى الذي غرس بعده عند ابن القاسم، خلافا لأصبغ في الواضحة، وإنما يقدم المتقدم على المتأخر

بالسقي خاصة، وأما ان احتيج إلى الماء للسقي والطحن للارحى فالسقي أولى من الطحن، كان الاسفل والأعلى على تقدم أو تأخر، قاله ابن رشد في نوازله. (هـ). وبتقديم الأسفل على الأعلى الثاني، أفتى ابو الفضل راشد، وتلميذه ابو الحسن في مسئلة مزدغة كما في النوازل المذكورة، ولم يقيدا بشيء، وهنا أفتى التازغدري أنه اذا شك كما في تقدم الأسفل على الأعلى هو الاحسن مستدلا على ذلك بأمور.

وفي النوازل المذكورة أيضاً عن ابن علاق ما نصه : إذا كانوا أهل سد قد حازوا ذلك النشع وعمروا عليه وغرسوا عليه شجراً فليس لمن فوقهم أن يقطعوا ذلك عَنْهم، لأنهم قد سبقوا إليه وحازوه. والصحيح أن الماء يحاز بالسبق، وكذلك يكون أهل السد الأسفل أحق بالماء إذا كان السد الأعلى محدثاً، وإنما يكون الأعلى أَحَقَّ بالماء اذا كانت عمارتها معا أو كان الاعلى أقدم. فأما إن كان الأسفل أقدم فهو أحق على الصحيح في هذا. (هـ). وقد تحصّلَ من هذا أن الأسفل إذا تقدم هو أولى من الأعلى مطلقا، خيف فساد زرعه أم لا، انفرد بالانتفاع أم لا، مع كون الخلاف في المسئلة، وقد لفقت ما فصلناه بما نصه :

مقدم يغلب عُلْوا مطلقا   عند التعاند لدى من حققا

(هـ). منه، واللَّهُ أعلَمُ.

قلت أيضاً : وفي الجواهر ما نصه :

وسئل الداودي عن قوم لهم أرض يزرعونها فخرج منها ماء فسال إلى أرض قوم آخرين، فكانوا يسقون به نحو ستين سنة، ثم احتاج إليه أصحاب الأرض التي أصله فيها، وأرادوا صرفه عن أولئك.

فأجاب رحمه الله : إن ثبت انه ظهر في مِلْك أولئك وكانوا يدّعونه لأنفسهم طولَ هذه المدة بحضرة من هو في أرضه وعلِم بدعواهم، فهو لمن حازه، والله أعلم (هـ). وفيها أيضا.

وسئل الفقيه أبو عيسى مهدي المنصوري عمن كان بيده مجرى ساقية فقام عليه رجل يزعم أنه له.

فأجاب : إنه إن كان الامر كما ذكرتم والحكاية كما شرحتم فللمدعي الحيازة إثباتها كَمَا يجب فإن أثبتها ببينة لا مطعن فيها، وقالت بينة : كانت دولته لا يعطي عليها كراء وهو ينسبها لنفسه، وصاحب المجرى حاضر عالم استحقها بحيازته انظر تمامه فيه، ومن نوازل ابن هلال.

وسئل عمن له شرب ماء بموضع بعينه وبإزائه موضع آخر لغيره يشاركه في ذلك الشرب بالنصف، فأراد رب الموضع الواحد أنْ ياخذ شربه في مكان آخر أعلى منه فمنعه صاحبه. قال : لان ماءك يسرق مائي، أي ياخذ منه ويذهب به معه.

فأجاب : إنْ كان في ذلك إفساد الساقية وخرق لها، مُنِعَ الا برضاهم. نص عليه في منتخب الاحكام والعتبية، وإن لم يكن فيه إفساد الساقية ولم ينازعوه الا من وجه قلة الماء في ممرهِ وبطئه بسبب ذلك في جريه، فيظهر أن ذلك ليس له الا بإذن شريكه اذا كان عليه في ذلك شيء من الضرر، لما في العتبية في ساقية بين أعلين واسفلين، اراد بعضهم قسمها نصفين، وأبى الآخَرُون ذلك، قال : لا يكون لهم ذلك إلا باجتماعهم، لأن في ذلك ضرراً عليهم لانه يصير ما كانوا يسقون به في يومين لا يسقون به الا في أربعة أيام، فيكثر عناؤهم ويضر ذلك بِهمْ. (هـ).

وقع **السؤال** عن متخاصميْن إدعى أحدهما على الآخر بحق في أملاك بيده فقال : هي ملكي وحوزي ورثتها من أبي، فقال له المدعِي : أخرج رسومها فحقي الذي ندعي به مذكور في تلك الرسوم، وللمدعي شبهة متعددة بما قال. فهل يكلف المطلوب بإخراج رسومه للطالب يتصفحها، هل فيها ما ادعاه الطالب أم لا، جواباً شافياً، مأجورين، والسلام.

الحمد لله،

الجواب : والله تعالى الملهم لإصابة الصواب، أَن من ادّعى ملكية عقار بيد غيره وطلب المدعِي إحضار ما بيد المدعَى عليه من الرسوم، هل يمكن من

ذلك ويُلزم المدعَى عليه بإخراجها أم لا ؟ اختلف في ذلك على قولين، ووقعت هذه النازلة للشيخين أبي محمد عبد القادر الفاسي، وأبي علي المعداني، فأفتى الاول بعدم لزوم ذلك والنصر له حتى قال : كيف يكلف باخراج سكينة ليذبحه بها، وَأفتى الثاني باللزوم، ونسَبه لأبي الحسن اللخمي، وقال : يكلف بإخراجها، لتوقف الحكم عليها، مع ما فيها من إراحة الخصمين والقاضي بظهور مقاطع الحق بها، ووافقه على ذلك القاضي بردلة، وتبعهُمَا القاضي العميري، وبه كان يفتي شيخنا المحقق العلامة سيدي محمد الرهوني رحمه الله، وذلك كله مقيد بما في السؤال من ان المدعِي، له شبهة، أما بدونها فلا يمكّن اصلا. ثم محل الخلاف حيث لم يذكر المدعَى عليه سبب تصرفه فيمَا ادُّعي به، عليه، أما حيث بينه كما هنا بقوله : ورثتُها من ابي، فلا بد من اخراجهَا، وهذه خارجة عن الخلاف، والله أعلم، قاله وكتبه عفا الله عنه عبد الله بن ابي بكر الجابري الوزاني لطف الله به آمين. (هـ).

وعَقِبَه، تصحيح الفقيه سيدي محمد الطاهر الشريف الحسني. (هـ).
وبعده : الحمد لله، ما رسم أعلاه من أنه حيث قامت للخصم المدعي شبهة، فإن المدعَى عليه يؤمر بإخراج رسم الاملاك المدعَى فيها، وليس له الامتناع من ذلك، لانه من حق الطالب، صحيح، وعليه يحمل ما في المعيار عن ابن أبي زيد من وجوب إخراج الوثيقة للطالب لينظر فيها، وعلى انتفاء الشبهة يُحَمل ما قاله الشيخان : ابو محمد عبد القادر الفاسي ومعاصره القاضي ابن سودة، كما قاله شيخ شيوخ بعض شيوخنا العلامة الحافظ المطلع أبو علي المعداني في حواشي ميارة على التحفة، ونقله عنه الشيخ التاودي في شرح التحفة، والخلاف في مطالبة الحائز ببيان سبب مِلكه شهير ذكره صاحب التوضيح وغيره. ومحلُّه ما لم يكن المدعى عليه مشهورا بالاستطالة والتعدي وإلا فلا يُكتَفَى منه بقوله : مِلْكي وحَوْزي. على أن الحائز إذا ذكر الوجه الذي صار له به المحوزُ كان حوْزُه كلَا حوْزٍ. قال المقَّري عن ابن رشد، ونقله غير واحد : كلُّ من عُلِمَ أصْلُ مَدْخله لم ينتفع بحيازته. (هـ). ومعلوم اشتراط جهل المدخل في الحوز وإلا لم ينتفع به ولم يبق

الكلام الا في الوجه الذي صار له به المحوز بلا خلاف كما في الرسوم اعلاه، والله أعلم. وكتب محمد العَرْبِي الزرهوني. (هـ).

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصُّه؛

الحمد لله، لا حيازة على الحبس وإن طالت، وقول ابن عاصم في التحفة : «وانقطعت حجَّةُ مُدَّعِيه». مقيّدٌ بحق الآدمي، أما ما كان لله تعالى فلا، قال الزرهوني على قول خليل في الحيازة : لم تسمع ولا بينتُهُ، ما نصه : وقيد قوله لم تسمع...الخ. بحق الآدمي، وأما في حق الله كوقف وبناء بطريق فتسمع البينة ولو زادت مدة الحيازة على الامد المذكور. قف علَى آخره. وقال الزرهوني في نوازله :

الحمد لله، **جواب** عن مسئلة تظهر من الجواب، ونصه :

الحمد لله، إن الحائز لما ثبت في حوالة الحبُس أنه حبس على كذا، يكلف ببيان وجه حوزه له، ولا يكفيه قوله حوزي وملكي، لأن الحوالة المذكورة يعمل بِما فيها إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه. ففي **جواب** لأبي إسحاق الشاطبي حسبما في المعيار أن العمل على ما في زمام تكبير الاحباس إلا أن يوجد ما هو أثبت. (هـ). وزمام تكبير الأحباس هو المعبر عنه اليوم بالحوالة، لأنه نقل وحول من أصل تحبيسِهِ إليها، قاله بعض شيوخنا. قال : فإذا لم يوجد بيد الخصم ثبوت أقوى مما فيها، فالعمل بما فيها متعين. (هـ).

وبعده، الحمد لله؛ ما رسم أعلاه صحيح، ويؤيده ما في تبصرة ابن فرحون في باب القضاء بقرائن الأحوال والأَمارات عن أبي الحسن الطنجي. قال : قال سحنون : ما وجد عليه علامة الحبس فإنه يبقى حبسا في السبيل، وفيه خلاف، والعملُ في ذلك على القرائن، فإن قويت حكم بها، وإن ضعفت لم يلتفت اليها، وإن توسطت توقف فيها وكشف عنها، وسلك طريق الاحتياط. (هـ). هذا كله ما لم يعارضه معارض، فإن عارض ذلك شيء نظر فيه. (هـ). وفيه أنَّ القاضي ابن السليم كتب الى ابن زرب في رجل من اهل الثغر وُجِد بيده فرس مَوْسومٌ في فخذه حبس لله تعالى رفع الى القاضي فسئل عن وجه تملكه للفرس فقال : اشتريته ببلاد البربر، فلما أتيت سجلماسة خفت أن أغرم عليه أو ينزع مني،

فوسمته بهذا رجاء أن يطلق لي. فكتب اليه بن زرب : إن عُرِف مِلكه للفرس قبل هذه السمة فذاك، وإلا أقام بينة بما ادعاه، وخُلّي بينه وبينه، وإن لم تقم بينة بما ادعاه، فأمضه في سبيل الله على ما ظهر من وَسْمِهِ ولا يصدق الثغري في هذا الا ببينة. (هـ). ونحوه في المعيار. وإثبات الشيء المعين في حوالة الاحباس لا يقصر عن الوسم عليه انه حبس فيكشف من وجد بيده، زاد في التبصرة، ويؤيد ذلك ما روي انه ﷺ كان يَسِمُ إبل الصدقة وحدها، وإبل الجزية وحدها، فدل ذلك على أن الوسم يعمل به ما لم يعارضه معارض، والله اعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ). وبه يظهر ما في كلام التسولي في التنبيه الاول عند قول التحفة ·

* وغير أصل عادم النفع صرف * البيت. فانظره، الله اعلم.

وسئلت عن رجل يملك داراً وكان يتصرف فيها بالسكنى والهدم والبنيان وغير ذلك نحو الأربعين عاما، إلى أن مات وتركها لزوجته ولأولاده منها محاجير وجعلها وصية عليهم، واستمر مِلكهم للدار كذلك نحو العشرة أعوام، إلى أن قامت الآن امرأة تدعي أن لها في هذه الدار حظا ورثته من بعض قرابتها وطلبت رسْمَ الدار ليتصفح وينظر فيه، هل لها في الدار المذكورة حظ كما تدعيه أو لا حظ لَهَا فيها، والحالة أن هذه المرأة القائمة لا حُجَّة بيدها لا من الإراثة والملكية ولا غير ذلك، وإنما بيدها مجردُ الدعوى، فهل ساداتنا تجاب لما طلبت من غير إثبات إراثة ولا ملكية وتجبر الوصية على إخراج الرسوم، مع ان الوصية قالتْ في **الجواب** : الدار ملكي وحوزي تركها زوجي لي ولأولادي أو لا تجاب لذلك الا بعد الإثبات المذكور، بيِّنوا لنا حكم المسئلة بنصوص تشفي الغليل وتبرئ العليل، والله يديم عافيتكم، والسلام.

فأجبت : الحمد لله، قال ابن سلمون : من ادّعَى في شيء بيد غيره أنه ملكه فأنكر ذلك الذي بيده فلا يكلَّفُ أن يذْكُر من أين صارَ له ذلك ولا بِأي

وجه تملكه، وعلى المدعي اثبات تملكه، فإذا أثبتهٌ على ما يجب سئل المطلوب حينئذ.

ونظمه في التحفة بقوله : المدعي استحقاق شيء يلزم. البيتين.

وقال ابن سهل : طريقة الحكم التي مضى بها العمل أن على كل من طلب حقاً بسبب ميت ان يكلف إثبات موته وعدة ورثته وإن كان موته مشهورا عند الحاكم وغيره. (هـ). ونظمه في العمل المطلق فقال :

وكل مَنْ طلبَ حقا بسبب ميتٍ، عليه بِالشريعة وجب
إثبات موته وعَدُّ الورثـة ...الخ.

ومثلُه قول القاضي الفشتالي في وثائقه : الذي مضى به العمل وأفتى به الشيوخ أن من ادعى شيئا بيد غيره أو في ذمته وأنه صار اليه عن موروثه عنه ان المطلوب لا يسأل عن شيء حتى يُثْبِت الطالب موت موروثه وعدة ورثته.

وقال الشيخ التاودي بن سودة في أجوبته : لا بد من إثبات الموت وعدة الورثة وإن طال الزمان وكثرت الأموات وتعددت الوراثات، ولا تُسمع من المدعي دعوى ولا ينظر في صحتها أو بطلانها إلا من بعد ذلك، وهذا من البديهيات عند الحكام ولا خلاف بينهم فيه. إلى أن قال : كيف يصح ان يجري هذا في مثل ما يترتب عليه انتزاع الاملاك من يد حائزها السنين المتطاولة أم كيف يصح أن تُسْمَعَ دعوى المدعي في النازلة دون موت المالك الاول وعدة ورثته وموت من مات مِنْهُم وعدة ورثتهم إلى هذا القائم حتى يعلم ما يَنُوبُهُ في الدار المتنازَع فيها، هل جزء من عشرة أو جزء من مائة مثلا، فيدعي بمعلوم، فإطلاقُ الائمة أنه لا بد فيمن ادعى حقا لميت أو على ميت أن يثبت الموت وعدة الورثة، صحيح. قف عليه.

وقال الشيخ الرهوني في حاشيته : السبب الذي لأجله أوجب العلماء

اثبات الموت وعدد الورثة، هوَ احتمال ان يكون الأب مثلا، اي الهالِكُ حيا، وعلى احتمال ان يكون ميتا يحتمل ان يكون هذا القائم غير وارث فيه، وعلى أنه وارث فيه يحتمل ان يكون له في تركته جزء من عشرة أو جزءٌ من مائة.

ثم قال بعد كلامٍ : وفي نوازل القضاء والشهادات من المعيار ما نصه : ولا يلزم القضاء والأحكام بلفظ فيه إشكال وإيهام، وهذا مما لا يختلف فيه أحد من ذوي الْأفهام. (هـ). ونصوص العلماء بهذا طافحة، وفيما نقلناه أعظم كفاية، فتبين من هذا أنَّ طلَبَ المرأة القائمة الإطلاعَ على الرسوم بدون إثبات من انتقل المِلك اليها من جهته بزعمها وعدد ورثته، هو من الدعاوي التي لا تسمع، بل ويتفِق على إنكارها الطبعُ والشرع، والمسئلة وإن كانت من ضروريات الفقه، لكن أطلنا فيها لقول السائل؛ بينوا لنا حكم المسئلة بنصوص تشفِي.

وأما طلب الخصم الاطلاع على رسوم خصمه بمجرد الدعوى، فنص غير واحد من المتأخرين على أنه لا يجوز بحال لما فيه من إضرام نار الفتن وكثرة التشويش وشغل البال حتى قال القاضي بن سودة : لو مُكِّنَ الخصمُ من هذا وشبهه وأُلزم خصمه به لفتح على الناس في الخصومات باب يعسُر سده. (هـ). وكتب عليه سيدي عبد القادر الفاسي : الجواب أعلاه صحيح. (هـ).

وقال الحطاب في شرح المختصر : نقل ابن سهل عن ابن القطان فيمن وقف على أملاك بيده من أين صارت له؟ فقال : عندي بذلك وثائق، فطولب بإحضارها فأبى. قال ابن القطان : ليس على الموقف إحضار الوثائق، ولا يسأل من أين صارت له الأملاك الا ان يكون معروفا بالغصب والتسوُّر. (هـ).

وقال سيدي عمر الفاسي في شرح التحفة : إعلم أنه قد يقوم واحد على حائز دار فيدعي ان له فيها حظا فيقول المطلوب : ملكي وحوزي، ولا اعلم لك حظا فيها، فيقول الآخر : ورثته عن أبي وجدي، والرسوم المتضمنة لملكيته بيدك، وكذا رسم إثبات موته، والفريضة التي تعين مقدار حظي منها ورسم المخارجة بيني وبين الورثة كلها بيدك في رسم شرائك لهذه الدار المدعَى فيها، فلا معنى لِجبْرِهِ

على إخراج رسم شرائه ليكون حجة عليه، وكذا ان قال له : رسم شرائك لهذه الدار وملكيتك لها، يتضمن اثبات حظي فيها فأخرجْه لينظر فيه ونحو هذا. وقد أفتى جمع من المتأخرين بعدم الجبر على ذلك، قف على آخره. وقال البرزلي أوائلَ النكاح أجْرة الموت وعدة الورثة على جميع الورثة على عدد رؤوسهم إن أقاموها كلهم، ومَنْ نطلب نسخة منها فله ذلك بالقضاء، بخلاف ما لو أقامها احدهم حتى تم حقه فليس عليه أن يعطيه نسخة منها إلا برضاه، ونزلتْ بتونس، وحكم بذلك فيها ووقعت الفتيا به. (هـ).

وفي نوازل القاضي سيدي العربي بردلة أنه سئل عن رجلين كانا شريكين احدهما جزائري والآخر تطواني، فمات الجزائري بالمدينة المشرّفة، ومات التطواني أيضا، فجاء متخلّف الذي مات بالمدينة، ثم إن ورثة التطواني أخبروا ورثة الجزائري بأن والدهم تركِ زمام الشَّركةِ وطلبوا منهم أن يحضروا زمام ابيهم ليتحاسبوا، فزعم ورثة الجزائري أنهم لم يجدوا زمام أبيهم، وأرادوا من ورثة التطواني ان يبرزوا زِمام أبيهم فامتنعوا من ذلك، إلى ان أخرج ورثة الجزائري زمام أبيهم، فهل يجبر ــ أي ورثة التطواني ــ على إخراج زمامهم أم لا.

فأجاب : بأنهم لا يجبرون، لأن زمامهم من منافعهم التي يحتجون بها، فلا يلزمون بإخراجها، اذ لا يلزم أحَدٌ بإخراج ما في ملكه وما قيده أو قيد له لمنفعته ولا معنى لتكليفهم بذلك، والله أعلم. (هـ).

وقال في جواب له في نوازله أيضا : إن رسوم الملكية لا يطلب بها أحد على وجه الإلزام، ثم قال بعد كلام : وأما المدعَى عليه فهو من صدقه الأصل أو العرف فلا يحتاج لرسومٍ تُصَدقه، وإذا كان كذلك فلا معنى لمطالبته بالحجة، لان حجته هي الأصل أو العرف وهي حاصلة، وإذا كان كذلك، وضح أنَّ الرسوم لا يطالب أحد بها على وجه الإلزام، والله أعلم. (هـ). وفي بعض هذه النصوص كفاية فكيف بِجَميعِها. وأفتى الشيخ أبو علي بن رحال بأن الخصم يجبر على إظهار رسمه، ولكن نقل هو عن أهل عصره أنهم خالفوه، وبالَغ الشيخ الرهوني في الرد عليه عند قول خليل : «وإن أنكر». قال : أَلَكَ بَينة؟ وهو مقيد بالرد،

لمخالفته، لِمَا قاله الأئمة في الدعوى على الحائز أنه يكفيه أن يقول : حَوْزي ومِلكي، ولا يكلف ببيان المدخل إلا بعد إثبات المدعِي الملكية، فعدم تكليفه بِالْمَدْخَلِ أولا كعدم تكليفه بإبراز رسومه المشتملة على حجة خصمه ولا فرق بينهما، خلافا لمن وهم. وأيضاً فإن ما قاله ابن رحال، مخالِف لقاعدة الشرع : «البينة على المدعي». وأيضاً فَجَبْرُهُ على إخراج رسومه وإحضارها أولا من غير إثبات المدعي ملكيةَ الشيء المتنازَع فيه كجبره على الإقرار بالحق للخصم، ولا معنى له، فتأمله بإنصاف لا باعتساف، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وقع **الجواب** عن حائز بلد ادعي عليه فيها هل يكفيه قوله : حَوزي وملكي أو يكلف ببيان من أين صارت له بما نصه :

الحمد لله الحائز للبلاد مثلا يكفيه في جواب القائم عليه قوله : ملكي وحوزي، ولا يكلف ببيان سبب المِلك ولا من أين صار له حتى يثبت القائم الاستحقاق كما يجب فحينئذ يكلف الحائز بالموجبات، نص على هذا ابن رشد في بيانه ونوازله ومقدماته قائلا : هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة، ولا اختلاف في ذلك احفظه. وما قاله ابن العطار مما يخالف ذلك فبعيد لا يصح. (هـ). والله أعلم. وكتبَ عبد الكريم بن علي اليازغي خار الله له. (هـ). ونص فتوى : الحمد لله، رسم الملكية أعلاه صحيح تام يُقضَى به، وقد اشتمل الرسم المذكور على الامور التي يعتمد عليها الشاهد في الشهادة بالملك المشار اليها في المختصَر بقوله : «وصحة الملك بالتصرُّق وعدمِ المنازع وحوز طال»، وبقول صاحب اللامية : يدٌ نسبة طول...الخ. ومعتمده فيها ما ذكره صاحب الدُّرّ النثير، والله اعلم. وكتب محمد العربي ابن الهاشم الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ).

وقع **الجواب** عن نازلة تظهر من الجواب بما نصه :

ومن نوازل مازونة من جواب لأبي الفضل العقباني ما نص المراد منه : ليس للمستحِق ان يحمل المستحَق من يده ليرجع على من باع منه، وليس للقاضي ولا

للمستحَق منه حَبْس القيمة الى عَود الشيء إلى يده، بل يجب صرف القيمة على المستحَق مع ثبوت موجب الاستحقاق، ثم إن شاء المستحَق من يده أن ياخذ الشيء المستحَقَّ ليحمله الى بلد بيعه ليرجع عليه وضع قيمة الشيء المستحَق، ثم تكون نفقته ومؤونة حمله عليه، وضمانه منه إلى أن يرده، فإن ضاع قبْلَ رده أُخذت فيه القيمة الموقوفة، وإن كان الرد استرجع الموقوف، أما الموقوف من يد القائم فلم يكن الا للتقية، أن يحبس الشيء المدعَى من غير ان يعمل موجِب حبسه، أما اذا عمل الموجب، فلا سبيل الى التمسك بالقيمة، بلْ يجب صرفها الى ربها، وحيث يُمَكَّن المقوَّم عليه من الشيء المستحَق ليحمله للرجوع على بائعه بالثمن فيشترط تأتّي ذلك من غير ضرر، اما معه كمرض الدابة أو الامة لما يخشى من زيادة الالم، أو فوات عينها على سيدها، فإذا عوفيت، فله الذهاب بها بعد وضع قيمتها» (هـ).

ومنها من جواب للامام سيدي محمد ابن مرزوق أن المعروفوات عينها على سيدها، فإذا عوفيت، فله الذهاب بها بعد وضع قيمتها. (هـ).

ومنها من جواب للامام سيدي محمد ابن مرزوق أن المعروف بالغصب والعدا اذا وجِدَ بيده عقار أو غيره مدعيا شراءَه وربه يدعي الغصب، فالقول قول ربه. (هـ).

ومنها من استحق داراً من يَدِ آخَرَ فطلب منه المستحِق ان يدفع العمارة، بِأنْ كان أعمرها بشبهة شراء ونحوه، فله قيمة ما عمر وما حفر قائما، وإن أعمرها بغصب فليس له فيما عمر إلا قيمة أنقاضه مقلوعا. (هـ).

ومنها من جواب له : المشتري إذا علم أن المال لليتامى وقدم على شرائه من غير موجب، كانت عليه الغلة يتبع بها. (هـ).

ومنها من جواب للمشدالي في امرأة لها نصيب في ملك، وبِيعَ جميع الملك، وادعت عدم العلم بالبيع مع قربها من البلد أنَّ القولَ لها مع يمينها. (هـ).

ومنها من له دين على رجل ولا بينة له به عليه فمات، فيسوغ له اخذه من مال الايتام المتخلّف عن موروثهم. (هـ).

ومنها من جواب للحافظ ابن مرزوق في أخٍ تصرف على عينِ اخته في متروك والدها مدة تنيف على ثلاثين سنة، فماتت فقام ولدها وزوجها طالبين منه حقها : إنَّ ما فَوَّتَ من التركة بالبيع بمحضرها وعلمها ولا مانع من سكوتها، فتلك المدةُ وأقل منها بكثير، قاطعٌ حقَّها وحق ورثتها، وأما ما كان من ذلك ثمارا يستغلها مع بقاء أصلها وأرضا يحرثها أو دارا يسكنها ولم يتصرف في شيء من ذلك بهدم ولا بناء، والعادة المسامحة في ذلك فهي لورثتها، باقون على حقهم في ذلك، وإن كانت المدة ما ذُكِرَ وَلَا ينقطع حقهم في هذا النوع الاخير إلا بثبوت ما ادعاه من الهبة. (هـ).

ومنها من جواب لأبي الحسن الصغير في اخ باع نصيبه ونصيب اخته فسكتت مدة طويلة، أنها إذا علِمت به، يُعَدُّ سكوتها تلك المدةَ رضى، إن لم يمنعها مانع. وأما اذا كان يغتل نصيبها فقط فلها الغلة كما أفتى به ابن رشد وأبو محمد صالحْ لما علم من أنّ نساء البادية لا يطلبن ميراثهن من قرابتهن ولا الغلة خوفا من قطع رحمهن، فلهن الغلةُ متى قُمْن. (هـ).

وقع **الجواب** عن أخ وأخت ترك لهما والدُهما بلادا وماتت الاخت عن بنت وكان الاخ يتصرف في ذلك مدة نحوا من عشرين سنة أو أكثر وبنت الاخت حاضرةٌ ساكتة ما طلبت شيئا حتى ماتت وقام ورثتها على الاخ، فأجابهم بأن اختي تصدقت علي بنصيبها، فكلفه الشرع أن ياتي بالصدقة، فعجز عنها وادعَى أن عقد الصدقة تلِف له، وكلف عليه الشرع ايضا ان ياتيَ بإتلافها فأتى ببينة تشهد ان فلان بن فلان ذهب المخزن لداره، ولكن لا علم لهم بما نهبوهُ منها، ولا علم لهم في عقد الصدقة، وزعم هو ان العقد نُهِبَ من تلك الدار، فهل تلك الشهادة تكفيه مع يمينه، جوابا شافيا مأجورين، والسلام بما نصه :

الحمد لله وحده.

الجواب : والله الموفق للصواب : إنه إن تصرف الاخ المذكور بالسكنى والازدراع ازيد من أربعين عاما، فالورثة على ملكهم، ولا عبرة بما ادعاه من الصدقة دون إثباتها، وكذا إن تصرف بالهدم والبناء على المعتمد حرفا بحرف، قال ابن

سلمون ما نصه : واما الاعتمار بين القرابة، فهو على ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون بالسكنى وازدراع الارض ونحو ذلك، فلا يحكم به حتى يزيد على الاربعين عاما. والثاني ان يكون بالهدم والبنيان والغرس وعقد الكراء وغير ذلك فيكون الحكم في ذلك حكم الاجنبيين، والحيازة في ذلك العشرة اعوام ونحوها، قاله ابن القاسم في رواية يحيى. وروى عنه أيضا ان الحكم في ذلك واحد فلا بد ان يحوز ذلك أزيد من اربعين عاما. (هـ) المراد منه. وقال في المختصر : وفي الشريك القريب معهما يعني مع الهدم والبنيان، قولان. قال الزرقاني : احدهما عشر سنين، والثاني زيادة على الاربعين عاما معهما وهو المعتمد بين الاقارب ولو غير شركاء في عقار الا العداوة بينهم. (هـ). هذا ما ظهر لي بتيسير الله تعالى. قاله وكتبه احمد بن محمد بن عبد الله الورزازي كان الله وللمسلمين وليا ونصيرا. (هـ).

وقع الجواب عمن أقام بينة تشهد له بأن كان له وبيده وعلى ملكه مالٌ من ماله وملك صحيح خالصٌ له من جملة أملاكه جميع الجلسة في الحانوت الكائنة بكذا وتُجَاوِرُ وكذا لا يعلمونه باعها ولا وهبها ولا فوتها، ولا فوتتْ عليه بوجه من وجوه الفوت، وكان يتصرف فيها بأنواع التصرفات كلها من كراء ورهن وغير ذلك ما ينيف على العشرين سنة الى أن توفي وتركها لوارثه فلان، المعروف عندهم كذلك، وبقي الوارث المذكور يتصرف فيها تصرف موروثه المذكور نحو الثلاثين سنة الى ان خرج من مدينة فاس وتركها، ولا يعلمونه خرجت عن ملكه بوجه من الوجوه كلها منذ ورثها حتى الآن، كل ذلك في علمهم وصحة يقينهم بما نصه من خطهم : الحمد لله، تأملَ كاتبه، كان الله، رسمَ ملكية جلسة الحانوت أعلاه، فتبين له أن الشهادة بملكها صحيحة لتوفر شروطها وانتفاء موانعها، وأنها لا تُزَالُ من يد مالكها الا بأمر ثابت لا مطعن فيه شرعا وكتب عبد الله تعالى محمد بن عبد الصادق الفرجي الدكالي وفقه الله. (هـ).

الحمد لله، وبمثل ما سطر أعلاه يقول عبد الله تعالى عمر ابن عبد الله الفاسي لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، وبمثل ما سطر أعلاه من صحة ما شهد به من الملكية لتوفر شروطها وانتفاء موانعها واستحقاق مالكها أنها لا تُزَالُ من يده الا بموجب أقوى

مما رسم اعلاه، يقول عبد الله وأحقر عبيده محمد بن لحسن بناني لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، ما أُجيب بِهِ اعلاه وصححَ، صحيح، وكتب محمد بن محمد بن الخياط ابن ابراهيم لطف الله. (هـ).

الحمد لله، الجواب المصحح أعلاه لا شك في صحته، فلا يُزَالُ الشيء من يد حائزه بالوجه الشرعي إلا بموجب. قاله وكتبه عبد الله تعالى وأسير ذنبه عبد القادر بن العربي بوخريص خار الله له، آمين. (هـ).

نوازل الغصب والتعدي

سئل الإمام أبو عبد الله المسناوي عن معاملة الغاصب فيما غصب، هل تجوز في المثليات وتُمنع في المقوّمات أو تمنع في الجميع، وهل نسل الحيوان وربح الدراهم وغلة الأشجار والعقار والدواب له أو للمغصوب منه، ومعاملته في غير ما غصب، هل تجوز، أم يفرق بين مستغرق الذمة وغيره، وما أرجحُ الاقوال في غير مستغرق الذمة.؟

فأجاب : إن معاملة الغاصب فيما غصَب تمتنع حتى في المثْلي قبل فواته عنده بشيء من المفوتات كالنقل إلى غير بلد الغصب وكنقرة صيغت، وطينٍ لُبِّنَ وقمح طحِن، وبذر زُرع ونحوها، مما هو مذكور في المختصر وغيره، لِعدم ملكه قبل الفوات، ولذلك إذا أراد أخذه بعينه وأراد الغاصب إعطاء مثله، فإنه يُقْضَى لربه بأخذه، ولو سُوِّغ له تفويته نظرا إلى أنَّ مثله يقوم مقامه لربما ضاع حق ربه لمانع من القضاء من فلس أو غيره، ونسْلُ الحيوان المغصوب للمغصوب منه لا للغاصب، إذ لم ينشَأ عن فعله فليس بغلة، بل هو تابع لأصله، بخلاف ربح الدراهم المغصوبة، فإنه للغاصب لأنه من عمله نشأ، وبسببه حصلَ. وأما العقار والحيوان ففيهما تفصيل، فإن عطل الغاصب ذلك ولم ينشأ عنه غلة كدار أغلقها ولم ينتفع بها، وأرض بوّرها ولم يحرثها ولا غرَسَها، ودابة حبسها ولم يستعملها، ولا أكراها فلا شيء عليه إن كان قصده غصب الذات لا المنفعة فقط، وإلا كان عليه كراء ذلك كما أشار إليه في المختصر بقوله : «وغيرهما بالفوات»، وإن استُعْمِل كانت غلة العقار أي كراؤه وثمرته للمغصوب منه، وكذا غلة الحيوان التي لم تنشأ عن استعمال الغاصب كسمْن ولبن وصوف. وأما ما نشأ عن استعماله ككراء دابة أو رقيق أو استخدامهما ففيه قولان : أحدهما أنه للغاصب وهو مذهب المدونة. والثاني أنه للمغْصوبِ منه أيضاً وشَهَّرَهُ المازري وابن العربي وابن الحاجب وهو ظاهر إطلاق صاحب المختصر في قوله : «وغلة مستعمل». وأما معاملته في غير ما غصب فإن لم يكن مستغرِق الذمة فلا إشكال في جوازها، وإن كان

مستغرقها فقد حصل فيه ابن رشد أربعة أقوال : أحدها وهو الصحيح، عدم جوازها مطلقا في جميع ما بيده حتى فيما ورثه أو وَهِب له من الحلال لأن ما ورثه أو استفاده بوجه جائز مِمَّا يجب لغرمائه كغيره مما بيده، بناء على انه كالمفلس المضروب على يده، والثاني جواز معاملته ومبايعته بالقيمة. ووجهه أن اهل باعاته لم يدخل عليهم نقص حينئذ، ولا يؤكل طعامه ولا تقبل هبتُهُ لدخول النقص بذلك عليهم، وربما استحسن هذا القول وأفتى به غير واحد للضرورة الداعية إلى مستغرقي الذمم من العمال وغيرهم، وهو مبني على ان حكمه حُكْمُ من احاط الدين بماله ولم يفلس، والقولان الاخيرانِ ضعيفانِ. وكتب محمد بن أحمد المسناوي كان الله له. (هـ).

قلت : قال الشيخ زروق في شرح الارشاد ما نصه :

قال بعض المشايخ : خُلِق المال حلالا كما خُلِق الماء طهورا، هذا لا ينجسه إلا مغيِّر، وهذا لا يُحَرمه الا مغير، وقد جزم بعض العلماء بتحريم أموال الظلمة، وأنكره عز الدين ابن عبد السلام قائلا : حمَلَه على ذلك الورعُ، ولو تورع في دين اللهِ أن يقول فيه غير ما هو حكم الله كان خيرا له. وحكى لنا الفقيه أبو عبد الله القوري رحمه الله أن السلطان أبا الحسن المريني دعا فقهاء الوقت الى وليمة وكانوا أهلَ علم ودين، فكان منهم من قال : اني صائم، ومنهم من أكل وقلّل، ومنهم من أكل الغلات كالسمن فقط، ومنهم من شمر للاكل فأكل، ومنهم من قال : هاتوا من طعام الامير على وجه البركة، فإني صائم، فسألهم الشيخ وأظنه أبا ابراهيم الاعرج عن ذلك، فقال الاول : طعام شبهة تسترت عنه بالصوم كما ورد. وقال الثاني : كنت آكلا مقدار ما أتصدق به لأنه مجهول الأرباب، والمباشر كالغاصب. وقال الثالث : اعتمدت القول بأن الغلة للغاصب، اذْ الخَراج بالضمان. وقال الرابع : طعام مستهلك ترتبت القيمة في ذمة مستهلكِهِ فحلّ تناوله.

قلت : وهذا صريح الفقه ولُبابه. وقال الخامس : مستحق لمساكين قدرت على استخلاص بعضه فاستخلصه وأوصلته الى اربابه. وكان ــ أي الغاصب ــ

قد طُولِب بما اخذ. قلت : وهو احرى بالصواب لجمعه بين الفِقه والورع. وبالجملة فالانسانُ فقيه نفسه. ذكر هذا الكلام عند قول ابن عسكر في جامعه، فمن كان ماله حراما لم تجز معاملته وأكْلُ طعامه، وقَبُولُ هديته، وإن كان متشابِها كُرِه.

وسئل العلامة ابو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن تصحيح ما أفتى به غيره من غرم غاصب وتأديبه بعد سؤال شهوده.

فأجاب : إنه صحيح حيث ثبتت التقية وقيمَ بعد ذهابها بالفور كما في أجوبة الفاسي عن نوازل المعيار، ونحوه للشيخ ميارة وغيرِه، وغُرْمُ الغاصب وتأديبه واضح مذكور حتى في ابن سلمون، ورده الغلة مذكور في المتن وغيره، والمذعور لا يلزمه بيع ولا إقرار ولا غيره في حال فزَعه. قاله مالك وغيره كما في التاج وغيره. وسُؤَالُ الشهود عن كيفية علمهم قاله ابنِ رشد، ونصه : الشاهد المعروف بالعدالة، غيرُ العالم بما تصح به الشهادة، يُسْأَلُ عن كيفية علمه بما شهد به اذا ابْهَمَ ذلك.(هـ).

وسئل أيضا عمن قتل كلبا لآخر، له فيه نفع بالبادية.

فأجاب : قال مالك في المدونة في كتاب الضحايا : من قتل كلباً من كلاب الدور مما لم يؤذَن فيه، فلا شيء عليه، لأنه يُقتلُ ولا يترك، وإن كان مأذونا فيه فعليه قيمته. (هـ) من ابن غازي في اللقطة، ونَقله المواق صدْرَ البيوع. (هـ). ونحوه للرهوني ونصه : حكَمَ بعض قضاة العصر في كلب مأذونٍ في اتخاذه، قتَلَه رجل، بأن الواجبَ فيه شاة وسط قيمتها سبع أواق، وذلك ستة أربع ومائتين وألف، وكان هذا القاضي ممن يظن به العلم والعدالة، فقبض مالِكُ الكلب نسخة من ذلك الحكمِ وأتى بها إلي، فوجد معي بعض أعيان علماء فاسٍ حفظها الله وأهْلَها من كل باس، فأطلعته على ذلك فأنكره غايةَ، فكتبت بأن الحكم غير صواب، وأنّ الواجِبَ في الكلب قيمته. انظر تمامه في حاشيته.

وسئل الحائك ايضا عن رجل يقود ثورا فحمل على فرس فضربها وقتلها.

فأجاب بأنه لا شيء على القائد حيث لم يقع منه تفريط ولا تغرير ولا تسبب فيما فعله الثور.

وقد سئل عن ذلك سيدي أبو القاسم بن خجو كما في نوازل الشريف، وفي السؤال أنه عدَا على رجل فقتله، وقد تبرأ بائعه لمشتريه وقال له تحفَّظْ منه، إنه ضرّابٌ.

فأجاب : لا ضمان على البائع ولا على المشتري فيما هلك بسبب الثور، لأن جرح العجماء جبار. (هـ).

قلت : ونص الشريف **سئل** سيدي أبو القاسم بن خجوا عن رجل باع من آخر ثوراً، وقال له : تحفَّظ منه، فإنه ضَرَّاب فاشترى منه ورضي به كذلك، فبينما هو سائق له إذ لقي رجلا آخر فحمل عليه الثورُ فضربه وقتله، فمن الماخوذ بدم المقتول، هل البائع أو المبتاع أو دمُهُ هدَرٌ.

فأجاب : لا ضمان على البائع ولا على المبتاع فيما هلك بسبب الثور الموصوف، لأن جرحَ العجماء جبار، أي هدر، لأن المشتري لم يتقدم له في شأنه، وبيان البائع بالعيب لإرادة انبرامِ البيع لا يعد تقدما، وإن تقدم للبائع في شأنه فهو قد خرج عن مِلكه بالبيان والإعلام والله أعْلَمُ.

قلت وقد سئل سيدي احمد الونشريسي رحمه الله حسبما نقله في المعيار عن مسئلة راعيين : أحدهما يرعى خيلا والآخر يرعى بقرا، ثم يَرِد احدهما على صاحبه في الـمسْرح أو في المورد، أو يرِدَان معا ثم يضرب عَرْضٌ فرسا، هل تلزمهما معاً، أو الوارد منهما أو لا تلزمه.؟

فأجاب : إن ما أصابه الثور بقرنه وأتلفه من الخيل أو غيرها في المسرح أو في المورد هو بمنزلة مَا كَرَّمته الدابة بفيها، فلا ضمان على الراعي لأنه من فعل العجماء، وفعلها جبار، أي هدر، وهذا إن سبقته البقر إلى المورد وغلبته وتحاملت على الخيل لشدة ما بها من الظمأ والعَطش، ولم يقدر عن درئها عن الخيل، أو تحاملت الخيل على البقر ولم يستطع راعيها صرفها وكفّها، فجميعُ ذلك منها من غير فعل لِلرعاة، فلا شيء على الرعاة فيه، لأن ذلك ليس من قبيل تفريطه ولا

إهماله، وإنما هو من جهتها، وإن كان ذلك من سبب الراعي وإهماله ضمن. والله اعلم. وقد نزلت بقرطبة نازلة أيام قضاء ابن حمدين في ثور ضرب بقَرنه بغلة رجل من التجار كانت موقفة عند الجامع فعطِبت، فأفتى ابن الحاج فيها بعدم الضمان، ولابن المواز في هذا شيء، تركناه لشذوذه. (هـ).

وسئل الامام المكناسي صاحب المجالس عن كلب لرجل تشبث بصبي وجرحه وخرق عليه ثيابه، هل يضمن رب الكلب أم لا؟

فأجاب : نقل ابن دبوس : إذا علم ربه منه ذلك وتقدم الكلام معه في ذلك عند السلطان ضمِن، وإن كان لم يتقدم له في ذلك، ولم يشتهر منه ذلك إلا مرة واحدة، فلا ضمان عليه.

قلت : هذا إن كان اتخاذ الكلب في موضع أذِن في اتخاذه فيه، وأما الموضع الذي لم يؤذَن في اتخاذه فيه فيضمن مطلقا. (هـ).

قلت : وما قاله المكناسي، مِثْله في ابن عرفة، قال الرهوني : وما فيهما هو الذي كان يرتضيه الشيخ الجنوي، وبه كان يفتي. (هـ).

وسئل الحائك أيضا، عمن وجد في زرعه بهيمة فأخذها، فهربت ليلا فاقتحمت وادياً فماتت. **فأجاب** بضمانه، لقول ابن سلمون..

وسئل بعض المفتين في رجل وجد في زرعه حيوانا فاستاقه الى داره فعقرته السباع، هل هو ضامن وإن عقرته في داره، قال : نعم. (هـ).

وسئل أيضاً عمن حرث أرضا فأعاد جاره بعضها أي بالحرث، مدعيا انه زاد عليه في حدودها وهو من أهل الفضل.

فأجاب : إن دعواه تتضمن الاقرار بما زاده لمدعيه عليه، وأنه متعد فيما فعله حيث لم يثبته، فيجب أدبه وسَجْنه على ما لابن رشد، ونصه على نقل المواق وغيره، يجب على الغاصب لِحَقِّ الله الادب والسجن على قدر اجتهاد الامام، ليتناهَى الناس عن حرمات الله. (هـ). وأيضا ادعى على فاضل ما لا يليق به، وفي المدونة، أنه يؤدّب، وقيده ابن عرفة بما إذا كان في مشاتمة حسبما في حاشية شيخنا بناني، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضاً عن رجل ضرب فرس شريكه بهراوة الشاقور فأوهنها ولم تقم من موضعها وماتت.

فأجاب مصححا لما أفتى به غيره انه لا ضمان عليه، ومؤيّداً لَهُ بما في ابن سلمون، ونصّه : وفي بعض الكتب : ما كسِرَ بالعصا حين يذودها، فلا ضمان عليه، وما كُسِر بالحجارة فهو له ضامن، لأنه متعد. (هـ). فبحث فيه بعضهم فأعاد النظر في ذلك، فوجد أبا علي اعتمد ما لابن سلمون، قال : وهو لابن عاتٍ، فانظره، ونحوه في الحطاب عن الطراز، والهراوة كما في الصحاح، العصا الضخمة، والنقول المتقدمة تدل عليها وعلى ما دونها. نعم في الوانوغي على المدونة ما نصه : قال ابن لبابة في الراعي يضرب الغنم بعصىً كبيرة أو صغيرة فيقتلها أو يرميها بحجر : إنه ضامن. (هـ). فيحمل ما تقدم على الكسر كما هو فيه. وما لابن لبابة على الموت كما هو فيه أيضا، فيوافق الباحث في الجملة، ويخالفه في الموت، لأنه لا فرق عنده بين العصا الكبيرة والصغيرة، والباحِثُ يخصها بالكبيرة، فانظر ذلك، فعسَى أن تكون أهْدَى وإلَّا، فالظاهرُ ان لا فرق بين الكسر والموت في العصا الصغيرة، والترددُ انما هو في الكبيرة، هل يُعد ذلك منه عداءً ام لا،؟ وفي ابن سلمون قال بعضهم : الاصل في الأْجَراء كلهم : الراعي وغيرِه انهم مؤْتَمَنون ولا ضمان عليهم الا ان يكون منهم تعد أو تفريط. ونحوه في أجوبة الفاسي. (هـ).

وسئل أيضا عن الأعراب المغيرين اذا تمكن من أحدهم هل يضمن ما على اصحابه أو خصوص ما عليه، وكيف إن حضر ولم ياخذ شيئاً، وهل النساء حكمهن متَّحِدٌ مع الذّكْرَانِ في ذلك أو لا ؟

فأجاب : إنه يُسْلَك بهم مسلك المحاربين إذا أشهروا السلاح وفعلوه مكابَرة. قاله ابن حبيب. وقال أيضا : قلت لمطرف : فإن أخذ من هؤلاء المغيرين أحداً يضمن ما أغاروا عليه إذا شهدت بينة، أو حلف المغار عليه فيما يشبه ؟ قال : نعم، يضمن من أخذ منهم لأن بعضهم قوي ببعض. قال : وكذا اللصوص والمحاربون القاطعون الطريقَ. نقل الجميعَ ابن فرحونَ في تبصرته، وفي المواق عن ابن شاس؛ لو ولي احد من المحاربين أخذ المال ثم ظفرنا بغيره فإنه يلزمه غرم جميع

ذلك المال كان اخذ حصة أو لم ياخذها. (هـ). ومثله في التبصرة ايضا. وقال في الرسالة ايضا : وكل واحد من اللصوص ضامن لجميع ما سلبوه من الاموال، قال ابن ناجي عليها : ما ذكره هو المعروف. وأما النساء فكالرجال، قال ابن فرحون ،قال مالك في الموازية : والمعلِن والمستخفي من المحاربين سواء، إذا اخذ المال، والرجال والنساء والاحرار والعبيد والمسلمون وأهل الذمة في ذلك سواء. (هـ).

وسئلت عن شهادة ستة من الناس، انهم باتوا في دوار بقبيلة الشراردة، وبات معهم فلان وفلان، وسُرِق لهما بغل وحمار، في تلك الليلة، ولما أصبح النهار، وادعيا بذلك على أهل الدوار واعدُوهما بالرد.

فأجبت : الحمد لله، حيث شهِد أهل الرفقة بسرقة البغل والحمار، لمن ذكر من الدوار المذكور، وأن اهل الدوار واعدوهما برد البغل والحمار، فالغرم لازم لهم، لأن مواعدتهم بالرد تتضمن الاقرارَ بسرقتهما، اذ معنى الرد هو دفع ما أخذوه لهما، ولا يسمى إعطاء شيء من مالهم لهما على وجه التبرع ردا لا لغة ولا عرفا، وأيضا فأهل الدوار وإن لم يسرقوا البغل والحمار كلُّهم، لكنهم عالمون بالسراق منهم ويكتمونهم، وذلك موجِب للغرم، ففي أجوبة التسولي بعد كلام في نحو المسئلة ما نصه : وقد علمت أن قبائل الزمان كلهم متهمون، إذ غالب أحوالهم النهب والغصب، والحمل على الغالب واجب، وعليه فلا بد حينئذ من كشف من وقع النهب ونحوه بأرضهم بالسجن وغيره، لان الغالب ان ذلك لا يخفى عليهم، إذ لا تجد أحدا ينهب الناس بأرض الا وبعض أهل تلك الارض معهم، وأهل البلدة لا يخفى عليهم ذلك. والحمل على الغالب مشروع، وليس للحاكم ان يقول للمنهوب منه ونحوه، إنما لك عليهم اليمين، لأن ذلك ذريعة إلى إهمال ما أوجبه الشرع باتفاق الائمة الأربعة، من الكشف بالضرب والسجن، وذريعة الى زيادة الفساد. وأيضا لا اقل ان يكون عقابهم وتضمينهم من باب سد الذرائع الذي تقدم انه مشروع، لأنهم إذا غرموا حملهم ذلك على حفظ طرقاتهم والمارين بأرضهم، وعدم كتمان عصابهم، والتعصب عليهم، الى أن قال : فقد علمت ان النصوص متواترة بكشف المتْهُوم، واحدا كان أو جماعة من القبائل وغيرهم، ومع ذلك يضمنون فيما اخذ من المسافر بأرضهم سداً للذريعة، لأنهم اذا غرموا احتاطوا لصيانة

الطرقات والمارة في أرضهم، واحتاط غيرهم. وفي مثل هذا يقول ناظم العمل :
□ لوالد القتيل مع يمين □ البيتين. ولا مفهوم لقتيل ولا لدراهم، بل المَدَارُ على كون الدعوى على معروفٍ بالتهمة كقبائل الزمان، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به (هـ).

وسئلت أيضا عن رجل من فاس جعله السلطان نائبا عنه بمصر، ثم إنه تغلب على أخيه فيها واستولى على ميراث هو بينهما فيها فأخذه وحده ظلما لشوكته، ثم جاءت به الاقدار لفاس فاستدعاه أخوه لقاضي فاس على الميراث الذي بينهما بمصر، فامتنع من الدعوى بها حتى يرجع لمصر لكون الأصل الموروث بينهما بها، فامتنع المدعي من الرجوع لمصر لكون الشريعة مفقودة بها اذ الحكم فيها بها متعذِر، وأيضاً المدعَى عليه له شوكةٌ عظيمة بها، فلا يقدر على الانتصاف منه بها.

فأجبت : الحمد لله، لا يجاب المدعى عليه لما طلبه من الدعوى بمصر بل يجبر على الدعوى بفاس لأمور :

أولها أنه غاصب وهو يؤخذ منه الحق في كل موضع قدر على الانتصاف منه فيه، إلا ان يشاء رب الحق تأخيره به، فله ذلك. ابن الحاجب :

فلو وجد الغاصب خاصة فله تضمينه. التوضيح. يعني فلو لقي المغصوب منه الغاصبَ في غير بلد الغصب، وليس معه الشيءُ المغصوب، فله تضمينه القيمةَ لتعذر اخذه عَيْنَ شيئِهِ في الحال، وله الصبْرُ الى البلد الآخر، يُكلف الغاصب الخروج مع المغصوب منه أو مع وكيله ليقتضي منه المغصوبَ. (هـ).

ثانيها، أن الراجح في الحكومة بين الخصمين أنها تكون حيث وجد المدعى عليه ولو في غير بلد الاصل المتنازع فيه. قال أبو علي بن رحال بعد نقول في المسئلة ما نصه : وقد تبين من هذا كله ان ما في الذمة يطلب به المطلوب حيث ما تعلق به صاحبُه، وأما في الْمُعَيَّنِ فإن كان معه فلا خلاف أن الحكومة ثمه، وان

كان المطلوب في بلد، والمعيَّنُ في بلد، فحيث المطلوب. وملخص هذا التحاكم حيث المدعى عليه. (هـ). ونحوه للزرقاني وسيدي عمر الفاسي، فتأمله.

ثالثها : أن ما طلبه المدعَى عليه من التحاكم بمصر دون فاس، هو فرار من حكم الشريعة المطهرة إلى حكم الطاغوت المنهي عنه بقوله تعالى : ﴿ يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أُمِروا أن يكفروا به ﴾.

وفي اختصار المتيطية لابن هارون ما نصه : قال ابن كنانة : إن دَعَا كل منهما إلى قاضي بلده، خاصَمَه حيث المدعى فيه إن كان القاضيان عدلين، وإن كان أحدهما أعدل خاصَمَه عنده. (هـ). وعبارة ابن رحال، إلا أن يكون أحد القاضيين جائراً، فالخصومة حيث الأعدل، قاله ابن كنانة. (هـ). ثم قال : لأن الجائر لا يلزم الخِصام عنده ولا تلزم الإجابةَ من دعِيَ اليه، كما في القرافي وغيره. (هـ).

وقال بعض شراح التحفة على قولها :

□ والحكم في المشهور حيث المدعَى □ : كلام الناظم مقيدٌ بما إذا تساوى القاضيان في العدل، وإلا فالخصومة عند الأعدل منهما، ولا يراعى حيث المدعي ولا حيث المدعَى عليه وفيه. (هـ) والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

الحمد لله، ادّعى التاجر الحاج العربي برادة على التاجر عبد الله بن كَرُّوم أن القائد احمد بن علي الجامعي مات بسجن هذه الحضرة الإدريسية واستولى المدعى عليه على جميع متروكه، وذمة الهالك المذكور عامرة للمدعي بأربعمائة ريال وسبعين ريالا، فيُطْلَبُ منه أن يبين له بأي وجه استولى على ذلك،؟ فأجاب المدعى عليه ابن كروم المذكور عن موت القائد بالإقرار وعن الاستيلاء على ماله بالإنكار. نعم كان له على الهالك المذكور ثلاثمائة ريال بضمان ولده علال، ودفع له منها بعد موت ثمانية وستين ريالا، فطلب المدعي من المدعى عليه بيان الثمانية والستين ريالا التي قبضها من الضامن، هل هي من ماله أو من مال أبيه الهالك، فقال : لا أدري، فَعَجَزَ المدعي عن إثبات ما ادعاه فحكم القاضي باليمين على

المدعي عليه أنه لم يستول على متروك الهالك، وانه لا يدري المال المدفوع له، هل هو من الضامن أو أبيه الهالك،؟ فأفتى الهواري وابن التهامي الوزاني بعدم اليمين، وأفتيت بما لفظه :

الحمد لله، ما حكم به القاضي من لزوم اليمين لابن كروم على انه لم يستول على شيء من مال الهالك، وعلى أنه لا علم عنده بالمال الذي قبضه من ولده، هل هو من ماله أو من مالِ ابيه، هو الحق والصواب الذي يُدَان الله تعالى به من غير شك ولا ارتياب، إذ لا نزاع بين العلماء قاطبة في وجوب اليمين على المنكرِ.

والمدعَى عليه بِاليمين في عجز مدَّعٍ عن التبيين

وإيضاحه أن ذمة الهالك عامرةٌ لكل من رب الرسمين، وماله بعد موته ملك لهما معاً، فاستيلاء احدهما فقط على ماله واستبداله به خارج عن طريق الشرع الذي هو المحاصة فيه، فإذا أنكر الاستبداد به والاختصاص وجبت عليه اليمين قطعاً، وكذلك قوله : لا علم عنده بالمال الذي قبضه من الضامن تلزمه فيه اليمين ايضا، لأنه إن كان من ماله فلا إشكال، وإن كان من مال ابيه فيتحاصان فيه، فليمينه فائدة لا تنكر. قال ابن عات في طرره : لو قال : لا أقر ولا أنكر، لأني لا أعرف حقيقة ما يدعي، قيل له : إحلِفْ أنك إنما توقفت عن الإقرار والإنكار من أجلْ أنك على غير يقين من الامر. ونحوه في وثائق الفشتالي وتبصرة ابن فرحون ونظمه في الزقاقية وسلمه شراحه، وعليه فلا بد من يمينه عَلَى الامرين كما حكم به القاضي. وقول من قال : ان المدعي بالاستيلاء على المتروك لا تسمع دعواه ولا تتوجه بها يمين، لان الاستيلاء على الأموال إما غصْب أو تعد، وكلاهما لا تتوجه فيه يمين الا على من يليق به، الى آخِرِه، كلامٌ لا طائل تحته، لأن الاستيلاء على الاموال أعم من الغصب والتعدي، لأنه بمعنى الأخذ وهو اعم منهما، لقول عياض : اخذ المال بغير حق على ضروب عشرة : حرابة، وغيلة وغصب وقهر وخيانة وسرقة واختلاس وخديعة وتعد وجحْد.

والحاصل أنه لا قائل بأن الاستيلاء هو الغصب أو التعدي، بل الاستيلاء على المال يكون بحق وبغير حق، ويتنوع الى أنواع، فتفسيره بذلك غير صحيح.

والذي ينبغي في الفتوى، بل يجب أن تكون بالراجح أو بالمعمول به، لا بما لَمْ يَقُلْهُ أحد أصلا. ومن العجب أن المدعي في المقال، زاد بعد دعوى الاستيلاء ما نصه : فيطلب منه أن يبين له بأي وجه استولى على ذلك ؟ فهو صريح في ان الاستيلاء غير مقصور على شيء بعينه، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت أيضاً عن رجل تعرض لدولة البقر فأخذ منها بقرة، فاستدعاه صاحبها للقاضي، فأجابه بالحوز والمِلك، فطلب القاضي صاحب البقرة بالبينة على أنها ملك له، فأتى بها باللفيف، فكتب عليها بعض المعاصرين بأن الاستفسار مخالِف للأصل، لأن نحو العشرة من اللفيف، اقتصروا في الاستفسار على أنها مولدة عنده، وذلك لا يستلزم عدم الخروج عن الملك.

فأجبت : الحمد لله. الذي يكلف بالبينة، هو الذي تعرض للدولة وأَخَذَ منها البقرة، لا صاحبُها، الذي كانت بيده وفي حوزه قبل الدعوى، لأن المترامي هو المدعي، والمترامَى عليه هو المدعى عليه، لأنه الذي شهد له الاصل أو العرف أو هُمَا كما هنا. ولذا قال التسولي ما نصه : كثيرا ما تكون الارض ونحوها بيد شخص فيترامى عليه غيره ممن هو أقوى منه ويشرع في حرثها، فإذا رفعه الحائز للشرع يقول المترامى عليه : هي الآن بيدي وحوزي، فكنت وقت ولايتي خطة القضاء بفاس، أقول لهما : أَيُّكُمَا كانت بيده في السنة التي قبل هذه، وفي السنة التي قبلها، فإذا قال أحدهما : أنا كلفت المترامِيَ عليه بإثبات كونها كانت بيده لا غير، فإذا اثبته المدعي صار حينئذ مدعى عليه وكلفت المترامي بملكية ما ترامى عليه، فإن أثبت ذلك المترامي، كلفت المدعي بالبينة، وهذا وجه الفصل، فليتفطن له القضاة، فقد ضاعت هنا بسبب الترامي احوال يعلمها الكبير المتعال. (هـ). وهو ظاهر لا يختلف فيه اثنان لان هذا الحَوْز هنا علم أصله فلا عبرة به، والشهادة التي استظهر بها صاحب البقرة صحيحة لا غبار عليها، وما اعترضها به المفتي من أن نحو العشرة من اللفيف اقتصروا في الاستفسار على قولهم هي مولدة عنده، وذلك لا يستلزم عدم الخروج عن الملك، غير صواب. لأن

الأئمة نصوا أن الشهادة بالولادة فقط تفيد الملك، بل وتُقَدّم ايضا على الشهادة بالملك كما قال في الزقاقية ورجِّحن على الملك أي رجح الشهادة بالنتاج على الشهادة بالملك. وقال في المقصد المحمود : ومن أثبت ولادة الحيوان عنده وأثبت الآخر الملك منذ مدة، فصاحب الولادة أولى، وقيلَ بنقيضه. (هـ).

وقال في اختصار المتيطية : إذا أثبت رجل في جارية أو عبد أو دابة انه ولد عنده وأثبت آخرُ أنه ملكه فبينة الولادة أولى. (هـ).

قال الرهوني بعد نقله : فاقتصر عليه كأنه المذهب، ولم يحك الآخر أصلا ونحوه في المعين.

وعليه، فكلامهم في الاستفسار مطابق في المعنى للأصل، لأن الشهادة بالولادة هي عيْن الشهادة بالملك، فهما متفقان معنى. وقد جرى العمل بأن الاستفسار يكتفَى فيه بمطابقة المعنى، وأنه لا يشترط فيه المطابقة اللفظية، والله اعلم، وبه يبطل قوله أيضا، على أن الشهادة من أصلنا ناقصة، إذ بقي من شروطها أن يبينوا طول المدة وانه يتصرف فيها من غير منازع لما علمت أن الشهادة بالنتاج لا يحتاج فيها إلى ذكر شَرْطٍ مِن شروط الملك بل تكفي وحدها، وتقدَّم على بينة الملك بشروطها كما هو صريح كلامهم، والله أعلم. قاله وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن لفيف شهِدوا بمعرفة فلان، وأنَّه كان بسوق مديونة يبيع غنما نحو المائتين ونصف، فأتاه الحسين الزياني والمعطي المديوني وإدريس العبدي، المعروفون عندهم كذلك، ومعهم رجال يعرفوهم، فقبض المعطي وإدريس المذكوران على صاحب الغنم، وذهبا به للسجن بقصبة مديونة، وأخذ الحسين المذكور مع من بقي معه الغنم المذكورة، وساقوها على وجه القهر والغَلبة، كل ذلك بمحضرهم وعلَى أعينهم. فكتب عليها مفتيان من اهل العصر كلاما لا طائل تحته.

فأجبت، الحمد لله، شهادة اللفيف المشارُ إليها تامة مستوفية بجميع ما يُطلَب فيها شرعاً من الاستفسار وغيره. وقد تقرر في عمل فاس، أن اللفيف يحكم به في الأموال وغيرها، فشهادة اثني عشر منهم كشهادة عدلين. وعليه

فيجب على النفر الثلاثة الزجرُ اللائق بأمثالهم من السِّجن والضرب، بعد إغرام ما استولوا عليه من الغنم. وحقيقةُ الغصب المشار لها بقول المختصر : «الغصْبُ، أَخْذُ مال قهراً تعدياً بلا حِرابة، وأدِّب مميز... إلى أن قال : «وضمِن بالاستيلاء»، صادقةٌ عليهم. قال في التبصرَة : كان مالك يقول فيما رواه عنه مطرف في هؤلاء الذين عُرِفوا بالفساد : إن الضرب ما ينكلهم، ولكن أرى ان يحبسهم السلطان في السجون ويثقلهم بالحديد...الخ. وقال أيضاً : إذا شهد عند الحاكم على رجل أنه من أهل الشر والاذى للناس، فيجب عليه الادب الموجِع، والحبَسُ الطويل، ويجب الإغلاظ على أهل الشر، والقمعُ لهم، والأخذُ على ايديهم، فإن ذلك مما يصلح به الله البلاد والعباد. وعلى هذا تتمشى النازلة لا على ما سطره المفتيان، فإنه غير سديد، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عما يفهم من الجواب ونصه :

الحمد لله، من المعلوم أن إقطاع الامام تمليك، وأنه لا يحتاج الى حوز على المعمول به فيملك المُقْطَعُ له ما نفذ له من وقت العطية وعليه، فإن كان قيامه بهذا الاقطاع على من شرع في حرث البلاد في إبَّان الحرث، فله قلع ما زرع فيها، وإن فات إبانُ الحرث، والزرعُ لا زال فيها، فله الكراء، وإن تأخر الخصام إلى العام الثاني، ففي الكراء قولان. قال المواق نقلاً عن ابن القاسم : من تعدى على أرض رجل فزرعها فقام ربها وقد نبت الزرع، فإن قام في إبَّانٍ يدرك فيه الحرث فله قلعه. يريد، يلي قلعه المتعدي، وإن فات الإبان، فله كراء أرضه. قال أشهب : وكذلك غاصب الارض. قال ابن القاسم وأشهب : وإن كان الزرع صغيرا لا منفعة فيه للغاصب إذا قلع، قضي به لرب الأرض بلا ثمن ولا زريعة ولا شيء. (هـ).

وقال ابن عرفة : لو خاصم المستحق في الإبان وحكم له بعد ذهابه، ففي كون الكراء للاول أو للمستحق، قولان، وخرّجهما المازري على الخلاف في المترقبات، هل يعتبر الحكم بها يوم ثبوت سببها أو يوم حصولها، وقد يقال : إن كانتْ مخاصمة من استحق منه بما له وجه، فالكراء له، وإن كانت بباطل واضح فهو لِمُستحقها، والله اعلم. قاله وكتبه المهدي وفقه الله بمنه. (هـ).

قلت : في نوازل المعاوضات من المعيار أن ابن زرب **سئل** عمن قيم عليه في دار يسكنها وأثبتها المدعي ببينة فادعى أنه ابتاعها منه، فأنكر ذلك، ولم تقم للمدعي ــ أي الحائز ــ بينة، هل يؤخذ لكرائها. ام لا ؟، فأجاب بأنه يوخذ بخرجها، وكان ابن زرب رحمه الله يقضي بذلك، فقال له ابن دحون : أليس الغلة بالضمان؟ فقال : ليس في مثل هذا. هذا مقر بأن الدار كانت بيد القائم ويزعم أنه ابتاعها ولم يثبت ذلك فهو يرجع عليه بالغلة. ولو قال : الدار ملكي ولم يدَّعِ ابتياعا ثم ثبت للقائم ملكها لم يرجع عليه بالغلة. ابن سهل. الذي قاله القاضي أي ابن زرب، سمعت بعض شيوخنا يَقوله، وهو دليل ما في الشفعة من المختلطة. (هـ).

وفي المعيار أيضا **سئل** القاضي أبو علي حسون المالقي عما استُحِق من يد مجهول لا يعلم تعديهِ هل يُرجَعُ عليه بالغلة فيه؟

فأجاب : لا رجوع عليه بالغلة اتفاقا.

وأجــاب أبو الهيثم : إن ثبت الأصل للقائم وأنه لم يفوته في علم شهوده وادعى المقام عليه شراءه من القائم أو غيره ولا بينةَ، فاختلَف فيها قول مالك وأصحابه، فمرةً قالوا : يحمل مَحْمِلَ المشتري حتى يعلم انه غاصب، ومرةً قالوا : إنه كالغاصب وعليه الغلة حتى يثبت الشراء، ووقع القولان في امهات الكتب، وللحاكم ان ياخذ بأيِهِما شاء. (هـ).

قال المشدالي في حاشية المدونة ما نصه : وفي المدارك عن أبي الهيثم من فقهاء مالقة وكبرائها. قال عياض : وقفت له على جواب في مسئلة غائب عن ماله مدة من الزمان، فلما انصرف وجده عند أقوام ادَّعَوا ابتياعه ولم يثبت لهم ذلك وطلب صاحب الارض منهم الغلة، فقال : إذا ثبت الأصل للقائم وأنه لم يفوته في علم شهوده ولا عُلِم شراء من وجد في يده إلا بقوله، فاختلف فيه أصحاب مالك، واختلف فيه قوله. فقال : وقالوا : يحمل على الشراء حتى يتبين خلافه ويعلم أنه غاصب ولا غلة عليه. وقالوا أيضا : هو كالغاصب عليه الغلة،

حتى يعلم الشراء. وخالفه أبو علي حسون. فقال : لا نعلم خلافا فيمن استحق من يده شيءٌ أن لا رجوع عليه بغلة، وإنما يجب الرجوعُ بالغلة على الغاصب.

قلت : إن كان معنى المسئلة أن المستحق في يده اعترف أن الملك للقائم، وزعم أنه اشتراه منه، فهي مسألة ابن زرب المتقدمة، وإن لم يقر الحائز بذلك وادعى أنه اشترى من سُوقِ المسلمين، فالصواب ما قاله أبو علي. (هـ).

وسئل الحطاب عن جماعة ورثوا دارا كبيرة بعضها عامر وبعضها خراب، وبعض الورثة غائب وبعضهم حاضر، فاستولى الحاضر على الدار، وسكن العامر وعمر الخراب وسَكَنه، فهل للغائبين الرجوع عليه بالأجرة في هذه المدة، وهل لهم نقض ما عمره من الخراب لكونه بغير إذنهم.؟

فأجاب : إن كان الوارث الحاضر سكن، ولم يعلم بالغائب فلا رجوع له عليه فيما سكن، وله الرجوع عليه بحصته فيما أكراه واستغله أو اغتَلّه. هذا قول ابن القاسم. وروايته عن مالك، قاله في أول كتاب الصدقات من البيان : وهو الذي مشى عليه المصنف، أي خليل، حيث قال : كوارث طرأ عليه مثلهُ إلا أن ينتفع.

وأما إن علم به فإنه يرجع عليه بأجرة ما سكن وبحصته من الغَلة، وما عمره الحاضر مما لا بد منه، فله الرجوع على القادم بحصته، وما عمره مما ليس بضروري، فإن أراد أحد منهم القسمة قسمت الدار، فإن وقع ما بناه في حصته كان له. وعليهِ من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن وقع في نصيبِ غيره خيّر من وقع في حصته بين أن يعطيه قيمته منقوضا أو يسلم اليه نقضُه، وعلى الباني من الكراء بقدرما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن أرادوا شركته ولم يرد واحد منهم القسمة، فلهم ذلك بعد أن يَدْفَعُوا حصصهم من قيمة ما عمله، قيل : قائماً، وقيل منقوضا. هذا محصل كلام ابن رشد في أول كتاب الاستحقاق من البيان. والقول بأنه ياخذ قيمته منقوضا هو الظاهر، لقول ابن يونس في كتاب العارية في ترجمة من أعار أرضه : كل من بنى في أرض

غيره من زوجة أو شريك أو غيره بغير إذن ربها وعلمه فله قيمة عمله منقوضا، والله أعلم. (هـ).

قال الرهوني : هذه المسئلةُ محتاج اليها غايةً لكثرة وقوعها. وما ذكره الحطاب من ان الراجح فيها ان له قيمة البناء منقوضا، صرّح ابن ناجي في شرح المدونة بأنه المشهور. فقال في كتاب العارية : اختلف إذا بنى المكتري بغير إذن المكري، ومن بنى في أرض أو جنة، والشريك اذا بنى بغير إذن شريكه، فالمشهور له قيمته منقوضا. وقيل : قائما كما يقدّم. هـ. وظاهر كلامه وكلام الحطاب ولو عَلِم شريكُه وسكَتَ بغير عذْر، أمّا اذا لم يعلم أو سكت لعذر فوجهه ظاهر. وأما إذا كان بِعلمه وسكوته بلا عذر، فقال في البيان : وأما اذا كان بنيانه وغرسه وحفره بحضرة شريكه وسكوته دون أن ياذن له في ذلك فيتخرج ذلك على الاختلاف في السكوت، هل هو كالإذن ام لا؟ الى ان قال بعد كلام : وبتأمل ذلك يظهر لك أن الراجح أن السكوت هنا ليس كالْإذْنِ كما أفاده إطلاق ابن ناجي والحطاب، والله أعلك. (هـ).

ثم قال أيضاً بعد كلام : ظاهرُ هذِه النصوصِ وغيرِها أنه لا فرق بين الأب وغيره في هذا، وبذلك أفتيت حين سئلت عن أبٍ بنى في دار مشتركة بينه وبين أولاد له صغارٍ فمات وقام بقية الورثة يطلبون حقهم في بناء أبيهم، ولا ينافي هذا كون الاب له شبهة في مال ولده، ولذلك لا تقطع يده إن سرق منه لأنه لا يلزم من كون ذلك شبهة يُدْرَأبِها الحد ان يكون هنا ولا يدخل في هذا اصلاحه ما يحتاج للاصلاح لأنه إذا أصلحَ من الدار ما يحتاج إلى إصلاح يعطى ما دفع أو قيمته قائما، والله أعلم. (هـ).

وسئل العلامة أبوزيد سيدي عبد الرحمن الحائك عن شريك حبس، بنى داراً بينهما، زاعماً أنها كانت بَرَاحاً دون مؤامرة قاضٍ ولا غيْره، وطلب ما ينوبُ الحُبُسَ من ذلك البناء قائما، فهل له ذلك أو قيمة بنائه منقوضا.

فأجاب : الراجح الجاري على مذهب المدونة انه ياخذ قيمة بنائه منقوضا كما في الحطاب عند قوله في الاستحقاق وإن غرس أو بنى...الخ.

وسئل أيضا عن النظر فيما افتى به غيره في أب بنى في هواء دار من وصية لأولاده قبل انقطاع الولادة : أنه متعدٍ ياخذ قيمة بنائه منقوضا.

فأجاب : إنه صحيح، حيث كان دون مؤامرة قاض، إلى أن قال فحَيْثُ وقع من غيرِ قاض فهو فاسد ولا بد من نظر قاضٍ أو يوكل من يليق من أب أو غيره كما للشيخ ميارة وغيره.

وسئل ايضا عمن ان أرسلَ نارا فأحرقت زرع غيره البَعيد.

فأجاب : أما مرسل النار ففي المدونة، من أرسل في أرضه نارا أو ماء فوصل الى ارض جاره فأفسد زرعه، فإن كانت ارضُ جاره بعيدةً يؤمَنُ أن يصل ذلك اليها، فتحاملت النار بريح أو غيره فأحرقته، فلا شيء عليه، وإن لم يؤمَنْ من ذلك لقربها فهو ضامن. (هـ). أبو الحسن. قال الشيوخ : وكذلك ان كانت الاعشاب متصلة فإنه ضامن وان بعدت. (هـ).

وقال ابن ناجي : إن القرب والبعد يرجع فيه العرف، وقيل : حدُّ الْبعد ثلاثة أميال. وقيل، غير ذلك.

وأجاب أيضا عما يفهم من الجواب ونصه : البينة اعلاه صحيحة، يجب الاهتداء بها والنزع بها من يد هذا المتغلبِ ومَنْ ادلى به. قال في المتن : «ووارثه وموهوبه إن علما كهُوَ، إي كَهُوَّ في الضمان ورد الغلة وتخيير المالك في اتباع من شاء منهما كغاصبين، وما فسره به شيخنا بناني كآف وإلا فنصوص المذهب في ذلك كثيرة والله الموفق لاتباع هداه. (هـ).

وسئل أيضا عمن أذن له في زَبْرِ ــ أي قطْعِ ــ غابة، وفي طَرَفها أو خلالها زيتون فاحترق.

فأجاب : الحق ان يَنظُر أرباب البصر فيما فعله هذا الموقد، فإن كان خاليا من العَدَاء، فلا ضمان عليه، وإلا ضمن كما يؤخذ من كلام ابن سلمون في نازِلِ بيت بإذن، فأوقَدَ فيه نارا فاحترق البيت بالاحرى، والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضاً عن وصي سلف زرع محجور وتركه عند من سلفه له أعواما.

فأجاب : إنه ليس له أن يسلف على وجه المعروف، ولو أخذ رهنا، كما في الحطاب عن النوادر عن ابن المواز وابن الماجشون.

وقال ابن عرفة الشيخ : روى محمد، انما للوصي في مال اليتيم فعل ما ينميه أو ينفعه، وزاد ان أخره هنا حتى عاد على ما له بضرر فهو ضامن، وقد قال ابن سهل في الوصي : إذا بوَّر أرض اليتيم حتى نقضت ان عليه غرم النقض كما في المواق وغيره، خلافا لمن قال بعدم ضمانه من أصحابنا بغير دليل أو به في غير محله، زَاعما ان ما فعله نظِر سلفا وإرجاء وهو من وراء فيهما والله الموفق. (هـ).

وسئل أيضا عن النظر في فتوى غيره نصها : حيث اخذ الرجل بهيمة غيره بغير إذنه واستخدمها وماتت فهو ضمان لقيمتها لانه متعد. (هـ).

فأجاب : إنه صحيح مذكور حتى في بعض الشركاء يضمن ما هلك في خدمته وسخرته موجهين لذلك بتعديه فيه كما في الدر النثير وغيره..

وسئل أيضا عن بيطار خصي بغلا فمات، فشهد من له معرفة بالبيضرة انه عارف بذلك وغيره، ومن الحذاق فيه. فأفتى غيره انه لا ضمان، عليه لقول ابن سلمون : ومن فعل فعلًا يجوز له من طبيب وصانع وشبِههما على وجه الصواب. وتولد منه هلاك نفس أو ضياع مال، فلا شيء عليه.(هـ).

فأجاب : انه صحيح دليله معه، وفي مفهوم قول المتن في موجبات الضمان كطبيب جهل أو قصر ما يوافقه لقول ابي علي في شرحه مفهومه انه ان انتفى جهله وتقصيره فلا ضمان عليه في الفعل مطلقا كان في الفعل تغرير أم لا. (هـ).

وقال المواق في تاجه : نص ابن شاس ان مثل الطبيب الخاتن والبيطار. (هـ). فحيث كان هذا المخصي غير جاهل بالخِصاء ولا قصّر فيما فعله بل أتاه من وجهه فلا ضمان عليه حيث كان فعله بإذن معتبر من رب البغل،

والعَمْدُ والخطأ في أموال الناس سواء، مقيد كما في القلشاني على الرسالة بغير المأذون له في الفعل. وفي المنجور على المنهاج في الذين لا يضمنون ما نصه : قال ابْنُ ابي زيد : لا ضمان على حجام وبيطار وخاتن وطبيب ان مات أحد مما صنعوا، ان لم يخالفوا، ثم قال ابن الحاجب : ومن فعل فعلا يجوز له من طبيب وشبيهه على وجه الصواب فتولد منه هلاك أو تلف مالٍ فلا ضمان عليه، وإن كان جاهلا أو لم يؤذن له أو أخطأ، فالضمان كالخطأ. وما ذكره من عدم الضمان مقيد بما إذا لم يكن السلطان تقدم به الى الاطباء أو الى الحجامين ان لا يقدموا على شيء مما فيه غرر الا بإذنه، وإلا فعليهم الضمان فيما تلِف من أموالهم. رواه أشهب وابن رشد. وقال ابن دحون هو على العلاقة الا فيما كان الثلث، وهو خلاف الرواية. (هـ).

وسئل أيضاً عن قوم نزلوا بخيامهم قرب زرع بينهما هيشر كثير، أنذرهم أرباب الزرع فأبوا من البعد عنه، ثم اضرموا نارا فوقع ما وقع من حرق الزرع المتصل بالهيشر لغيرهم.

فأجاب : إن المسألة مذكورة في المدونة وغيرها. والضابِط فيها عند ابن مرزوق ما ذكره في المدونة من الوصول وعدمه، وأنه يضمن ان فعل ما لا يجوز له، وان الذي يظهر من المدونة ان ما يجوز يكون في أرضه أو مكان يكون إذن له فيه يعني، والتعدِي بخلافه. قاله أبو على. قال ابن ناجي وظاهر الكتاب أن القرب والبعد يرجع الى العرف، وهو كذلك في أحد قولين، وقيل : حدّ البعدْ ثلاثة أميال. (هـ). ورجح أبو علي الاول، واقتصر أبو الحسن عليها على الثاني، ثم قال : قال الشيوخ : وكذلك إن كانت الاعشاب متصلة فإنه ضامن وإن بعدَتْ. (هـ). وبه يعلم انهم ضامنون في قضيتنا للعَدَاءِ في النزول واتصال الاعشاب مع الإنذار من أرباب الزرع حتى وقعوا فيما به أنذِروا، وبه خوفوا فلا محيد لهم عن الضمان، والله الموفق. (هـ).

ووقع **السؤال** عمن أوقد نارا في فدّان بعد حصدِه، فعدت الى غيره فأحرقت فشافير من زرع وأجنة قُومَ جميع ذلك تخريصا بما يزيد على مائتي مثقال تنتين.

فأجاب الفقيه القاضي سيدي المامون افلال الحسني تلميذ الحائك بإذن منه بما نصه :

شهادة المتلقي منهم شهدت باتصال الفدادين بعضِها ببعض، ولم تشهد باتصال الاعشاب فيها، وهذا أصل في الضمان لموقد النار على ما للخمي، على انه لا ضمان على الموقد الا بعد ثبوت عصوفة الريح، وأنه فعل ما لا يجوز له وقيده، وأن الارض المحرَقة قريبة من أرضه غير بعيدة. وحدّ أبو الحسن البعد عن بعض المتأخرين بثلاثة أميال. وَفي المدونة، من أرسل في أرضه نارا أو ماء فوصل الى ارض جاره فأفسد زرعه، فإن كانت ارض بعيدة يؤمَن ان يصل ذلك اليها، فتحاملت النار بريح أو غيره، فأحرقته فلا شيء عليه، وإن لم يؤمَن ذلك لقربها فهو ضامن. (هـ). نقله التتائي والمواق والتوضيح وغيرهم. وفيه أن العبرة على هذا إنما هو الامْنُ وعدَمه، ونحوُ ذلِكَ لابن سلمون. وفي جواب لسبراقسطي منقولٍ في نوازل ابن طرطاك وغيره، أن من عمل عمِلا يقصد به منفعة نفسه لا إذاية غيره في موضع لا يعد متعديا بفعله، فنشأ عنه عطب حيوان أو انسان أو غيره، فإنه لا ضمان عليه ولا غرم، واستدل بكلام ابن عبد البر. (هـ). إلا أنه لا بد من القيود التي قيد بها أهل العلم رضي الله عنهم عدم الضمان. وَفي كلام أبي عمران وأبي الحسن ما يقوّي عضد ما ذكرنا، والله الموفق لاتباع هُدَاهُ، آمين (هـ). ومن تمتمه ان ابا علي في شرحه قال : وانظر ما قاله أبو الحسن وابن ناجي من تحديد القرب بثلاثة أميال مع قول المتيطي : وليس للقرب ولا للبعد تحديد عند أهل العلم. هذا لفظه، ونحوُه في وثائق الجزيري ونصّه : وليس للقرب والبعد حدٌّ عند اهل العلم، في إرسال نار وماءٍ، بل يرجع الى معرفة اهل البصَر في ذلك، وعليه تجري نازلة حامله. (هـ).

وأجاب عقبه شيخه الحائك بقوله : المذكور أعلاه صحيح.

قال ابن مرزوق : والضابط هنا ما ذكره في المدونة من الوصول وعدمه. وفي المسألة ايضا تقييد آخر لا يُغفل، وهو إنما يضمن إن فعل ما لا يجوز له. والذي يظهر من المدونة أن ما يجوز له يكون في أرضه أو في مكان أذن له فيه،

يعني، والتعدي بخلافه، قاله أبو علي. ثم قال مع ان المدونة وغيرها ربما يفهم منها ان المدار في هبوب الريح هو شدتها والشدة امر نسبي، والشديدة هي التي تحمل النار غاية وغيرها تحمل ايضا، ولكن حملا ضعيفا، والمدار على الأمْنِ وضده. (هـ). وقد صرح الشيخ ميارة في جواب له، أنه لا غرم على مرسل النار اذا لم يثْبُتْ انه أوقعها في يوم ذي ريح. قال : وانظر : هل عليه يمين انه أوقدها في يوم لا ريح فيه ام لا؟.

وفي جواب لإمام المغرب سيدي سعيد العقباني : القول قوله في بُعْد المكان وفي عدم الريح حتى يشهد بخلاف ذلك. والله أعلم. فيظهر وجوب اليمين. قاله الشريف الشفشاوني.

وفي المعيار مِنْ جواب لمؤلفه في قاطع مجبحةٍ أنه إن كان دخوله اليها في وقت هدوء الريح وسكونها، وتناول النار على وجهها فلا ضمان، وإلا ضمن، وإن جهل حاله فلا ضمان عليه إن فعل ما العادة أن يفعله النحالون، وقصارى امره ان يستظهر عليه باليمين أنه ما فرط ولا ضيع ولا تعدى المعتاد في تناول النار، اذْ الاصل عدم العداء وبراءة الذمة فلا تَعمُر بالشك، والاحتمال. نعم ان قامت بينة عليه في هذا الوجه بالتفريط والعداء وعجز عن الدفع فيها، فالضمان ولا إشكال. (هـ). والغالبُ في قضايا الوقت الجهل، فلا ضمان حتى يثبت خلافه والله الموفق. (هـ).

قلت : إذا جهل حال موقد النار فهو محمول على انه فعل ما لا يوجب ضمانه. ففي أواخر نوازل الاجارة من المعيار ما نصه :

وسئلت عمن دخل مَجْبَحَةً له ولغيره لقطع العسل، فلما اخذ في القطع سمع زفير النار وراءه وعلم انها سقطت من ناره التي دخل بها المجبحة، ثم لم يتهيأ له الأخذ في إطفائها حتى أكلت المجبحة وما حولها من الدور، فهل ترون الضمان عليه كشرارة الحدّادِ أو يُعْذَر بالغلبة عليه لكونها غالبة عليه.

فأجبت : إن متوسط المجبحة وموقد النار اليها لِيقطع ما تعين له في أجباحه من العسل، ان كان دخوله اليها في وقت هدوء الريح وسكونها، وتناولَ

النارَ على غير المعتاد من تناولها فضمان ما احترق مع هذا الوجه لازم لما له وذمته لتفريطه وتغريره، والظالم أحق بالحمل عليه وإن جهلت حالتاه من تفريط أو فعل المعتاد المألوف عند جيرانه في المحجة، فلا ضمان عليه لما أصابت النارُ من المجبحة والدور، لانه فعل ما العادة ان يفعله النحالون والناس مثله. وقصارى أمرِهِ أن يستظهر عليه باليمين بالله في مقطع الحق، أنه ما فرط ولا تعدى المعتَادَ في تناول النار كيفية وزمانا، ثم لا ضمان عليه، إذْ الاصل عدمُ العداء، وبراءةُ الذمة، فلا تعْمُر بالشك والاحتمال. نعم، ان قامت بينة مرضية العدالة مقبولة الشهادة عليه في هذا الوجه بالتفريط والعداء وعجز عن الدفع فيها فالضمان بلا إشكال، والله سبحانه أعلم، وكتب احمد الونشريسي وفقه الله. (هـ) قاله الرهوني رحمه الله.

وسئلت عن صبية تتعلم الخياطة في دار بفاس عند امرأة، فادعت الصبية أن ولد المرأة افتَضَّهَا وأنها مريضة من ذلك، وحضرت القوابل وشهدن بأنها مفتضة، والاقتضاض جديد وأنها بنت ثمان أو تسع.

فأجبت : الحمد لله؛ قول الصبية ان الذي أصابها هو ابن عمها فلان غير مقبول شرعاً، ولو كانت بالغة، فأحرى قبل البلوغ، فلا يلزم بقولها المذكور صداق ولا غيره. قال في المختصر : «وإن ادعت استكراهاً على غير لائق بلا تعلق حدث له...الخ». قال الزرقاني علَى قوله غير لائق، بإنْ كان صالحا، ومفهوم غير لائق أمران، أحدهما ادعاؤها على فاسق فيسقط عنها الحد. ثانيهما ادعاؤها على مجهول حال، فالحد للزنى، ان تعلقت به سقط وإلا فلا، وليس لها مهر على واحد من الثلاثة لأن ما ذكرته إقرار على نفسها وعلى المدعى عليه فلا يؤاخذ بإقرارها عليه. وأيضا فقد ذكر ابن رشد عن رواية عيسى، عن ابن القاسم انها لا صداق لها فيما إذا ادعته على فاسق، وتعلقت به، فأولى ان لم تتعلق، وأولَى على مجهول الحال والصالح. (هـ). والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الوزاني الحسني لطف الله به. (هـ).

وسئل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك عمن ادعت استكراها على لائق به وأتت متعلقة به تدْمَي وهو ابن عمها.

فأجاب : حيث ادعت استكراها على لائق بِهِ وأتت متعلقة به تدْمَى، فقال ابن القاسم لا صداق لها، ويؤدب المدعى عليه ادبا وجيعا. قاله اللخمي. وفي رواية أشهب عن مالك أنها يجب لها الصداق.. ابن القاسم : بعد حلفها. المكناسي : وبهذا جرى العمل، وعليه بنى اهل الوثائق وثائقهم ونظمه صاحب العمل المطْلَق فقال :

ومن أتت تدمى وقد تعلقت بلائق فباليمين صُدِّقت
وهو مع غرم صداق مِثْلها تلزمه عقوبة لاجلها

وسئل أيضا عمن اخبرته زوجتَه انه غاب عليها غاصب، فحرمها عليه ففرت واحتمت، فأفتى من كبر فقهه أنها تُستبرأ، عملا، بقول المختصر «أو غاب غاصب».

فأجاب : المرتضَى انها تستبرأ إن صدقها الزوج فيما ادعت وإلا فلا والمتن محمول على ما اذا كان الغصْبُ ثابتا ببينة، وإن لم يلم به شروحه ولا بغيره إفصاحا. (هـ).

وسئل أيضا عن رجل هربت امرأة إليه وتحامَى على أن لا يردها لزوجها، وبقي زوجها ممنوعاً منها بسبب هذا المحامي وتعصب عليه حتى أدخله في غرم لمن أنقذها من يده.

فأجاب غيره : إن المعاصي عن رد الهاربة له يؤدب حتى يرد الزوجة الهاربة اليه، وإذا أدخله في الغرم بسبب تعصبه غرم.

وأجاب هو رحمه الله : أن ما سطر في حق محامي هذه الناشز من الادب والغرم صحيح على ما صُحِّحَ وجرى به العمل، والفتوى، حيث كان لا يمكن الانتصاف بغير الوالي كما هو الحق عند ابي علي، وعليه يدل كلام غيره.

قلت : قال الرهوني رحمه الله نقلا عن المواق ما نصه : وفتيا الأشياخ عندنا أن الشاكي لجائر يغرم للمشكو به ما غرم. انظر نوازل شيخ الشيوخ ابن لب. (هـ).

وفي نوازل المعاوضات من جواب لسيدي مصباح ما نصه :

والذي جرت به فتوى شيوخنا رجوعه والله ولي التوفيق. (هـ). وبه أفتى شيخنا الجنوي وغيره ممن ادركنا، وعلى ما جرى به العمل اذا ثبت الدفع للظالم، وقدّر ما دفعه ببينة أو بإقرار الشاكي فلا إشكال، وإن لم يثبت ذلك وادعى المشكو به انه دفع كذا فهل القول قوله له مع يمينه إن ادعَى ما يشبه، أم لا بالأول افتى سيدي مصباح، وبه افتى شيخنا الجنوي، ونصُّ فتواه : «واذا قُبِضَ عند المخزن، وادعَى أن المخزن أغرمه، وأنكر في ذلك، وجرى العرف أنه لا يُطْلَق إلا بِمالٍ، فإن القول قوله معَ يمينه، كما في جواب سيدي مصباح. (هـ) لكنه خلاف ما أجاب به أبو الحسن، وسلمه في الدرر النثير، أنه لا يغرم حتى يثبت الدفع بالبينة، ولكن الظاهر ما أفتى به سيدي مصباح وشيخنا الجنوي. قف عليه، والله أعلم.

وسئلت عمن أودع مفتاح داره عند رجل بقال من أهل سوس، وبَات بزوجته وأولاده بمحل، ولما جاء من الغد ووصل الى الحانوت وجدها مسْدودةً، فانتظره مدة فلم يظهر فذهب الى داره وكسر بابها فوجدها قد انتهبت، والبقال فر إلى بلده سوس، فذهب الى اخيه وهو بقال آخر فقيد عليه المقال بأنه أمن عند أخيه مفتاح داره، فدخلا اليها معا وأخذا جميع ما بها من الامتعة وهرب أخوه، وبقي هو، فيطلب منه رد حوائجه التي أخذها له، فأجابه بالانكار، فطلب القاضي المدعي بالبينة، فأقام بينةً باللفيف أنهم لم يزالوا يسمعون سماعا فاشيا متوافرا مستقيضا من اهل العدل وغيرهم ان المدعَى عليهما من أهل الشر والتهمة والسرقة ولا زالوا على ذلك الى الآن، كل ذلك في علمهم، ومستندُهم فيه السماع المذكور. فأقام البقال ايضا بينة لفيف بأنهما من أهل الخير والصلاح. فأفتى عشرة من المفتين بأن لا شيء على البقال.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت باثنى عشر من اللفيف ان المدعى عليهما ينسبان للسرقة والخيانة. فالواجب قبضهما في السجن وتأديبهما حتى يغرما ما اخذاه، عملا بقول التحفة.

وإن يكن مطالِباً من يُتهّمَ فمالِكٌ بالضرب والسجن حكم

وقد نصوا على أن اللفيف يعمل به في كل شيء وأنه بمنزلة عدلين.

ففي البهجة ما نصه : والعمل بفاس على جواز شهادته اي اللفيف في الدماء والأموال وغيرهما فيثبت بها الدم وغيره. قف عليه. وأما شهادة أهل سوس بأن المدعى عليه مجتنب لاهل الرذائل مخالط لأهل الخير والفضائل، فباطلة، لكون شهودها من قرابة المشهود له ومن أهل قبيلته. وكل من ألف من المتأخرين في اللفيف اشترط في قبولهم أن لا يكونوا من قرابة المشهود له وإلا فلا تقبل، ونظم ذلك في العمل الفاسي بقوله :

إلا بما يقدح في ستر الحال كالقرب والصحبة أو أخذ المال

وحكي في الشرح عن الامام الأبَّار : الاتفاق على ذلك وتبعه في البهجة فقال : ولا يقبل متهم كصديق وقريب للمشهود له أو عدو للمشهود عليه اتفاقا. وأما ما سطره الفقهاء أعلاه حفظهم الله فغلط واضح.

أما أولا، فإنهم جعلوا تلك الشهادة التي استظهر بها المدعي من أفراد شهادة السماع، وذلك باطل، لأن محل كونها سماعية، ما لم ينسبها الشهود إلى علمهم كما هنا، وإلا فهي قطيعة وإن كان مستندها السماع كما نص على هذا غير واحد من شراح التحفة.

وفي جواب لشيخ الشيوخ ابي سعيد ابن لب ما نصه :

ان الرسم قد تضمن علم الشهود ما شهدوا به وتحقيقهم، وإنما ذكروا السماع مستندا لما علموا وتحققوا، والخلاف إنما هو إذا شهدوا بحصول السماع الفاشي فقط، فحينئذ يرى ابن القاسم وجوب الميراث مع يمين المشهود له، ويرى أشهب وغيره، ممن يثبت بها النسب، وجوب الميراث بلا يمين. أما إن تضمنت الشهادة علم الشهود وتحقيقهم كما في النازلة فيثبت النسب، ويجب الميراث ولا يجب في ذلك يمين على أحد. (هـ).

وقال الباجي : هي شهادة بالبت، وإن كان سببها السماع، الا ان شهادة السماع انما تطلق عند الفقهاء على ما لا يقع به العلم للشاهد، فلذلك يؤدي على أنه سمع سماعا. وأما اذا تواتر الخبر حتى وقع له العلم فإنه يشهد عليه. (هـ). من نوازل سيدي عبد القادر الفاسي. وقال ابن عرفة : ويصح للشاهدين أن يشهدا بالقطع عليه، أي النكاح من ناحية السماع إذا حصل العلم بذلك لكثرته وتواتره. نقله الزياتي عند قول خليل : ثبتت ببينة ولو بالسماع. وقال : هذا احسن محامل كلام المتيطي عندي. قاله بعض الشراح. وفي شرح العاصمية ما يفيده. ويمكن حمل كلام المصنف عليه بتكلف بأن يقال ؛ ثبتت ببينة بالقطع، ولو معتمدة على السماع. ومثله في حاشية بناني إذ قال : وأما الاحتمال الثاني بأن يحمل على شهادة القطع المستندة لذلك، أي للسماع، فبعيد من قصد المصنف، لأن بينة القطع هي قوله ببينة، ولا علينا في مستند القطع ما هو. (هـ).

وأما ثانيا : فعلى تسليم أنها سماعية في الاصطلاح فإنها يعمل بها هنا. وقولهم إن المشهود به ليس واحدا من الاربعين مسئلة التي تصح فيها شهادة السماع، فمن ادعى كونه من جملة ما تعمل فيه، يطالب بنص، الخ... قصور، اذ هي من أفراد التجريح الذي ذكره غير واحد فيها نظما ونثرا، لأنه ضد التعديل. وقد فسروا التعديل باجتناب الكبائر كما في التحفة، فيكون التجريح هو ارتكاب الكبائر، وبالضرورة أن السرقة والخيانة من جملتها، وليس التجريح هو عدم قبول الشهادة كما توهم بل عدم قبولها مفرع على التجريح، كما ان قبولها ليس هو التعديل، بل مفرع عليه أيضا. وكذلك غرم المال ليس هو السرقة، بل هو مفرع عليها أيضاً. وبالجملة، فالتجريح يحتوي على أفراد كثيرة : منها السرقة، والخيانة وغيرهما. ولذا قال ابن عرضون في وثائقه بعد ذكر وثيقة التجريح ما نصه : وهذا الرسم لا يقبل هكذا دون تفسير الجرحة الا من العالمين بوجوه التجريح، وإلا فتكتب كما تقدم الى قولك لممن لا ترضى أحواله فتقول : لأنه يعمل بالربا أو يشربُ الخمر أو يبيع عنبه ممن يعصر منه الخمر أو ممن يكثر سماع الغناء أو من أهل الكذب أو من أهل الشر والفساد أو ممن يضرب الخط ويشتغل بالكهانة والسحر، أو ممن يترك زوجته تخرج بادية الزينة والأطراف، وتحضر محافل الفساق، من غير عذر له في ذلك، أو

من المتفقرة المتبدعة المخالطين للنساء في الخلوات وغيرها، أو ممن يتولى أخذ المظالم أو المغارم والمكوس من الرعية ويقسطها عليهم، أو ممن يتولى معاملة اهل الغضوب أو ممن يرتكب الكبائر من السرقة وشهادة الزور. الخ قف عليه. فقد أطال.

وأما ثالثا ، فقولهم : «شهادة السماع لا تعمل في التعديل والتجريح» إلا إذا لم يدرك زمان المعدل والمجرح، كما قاله القرافي وغيره، «مبني على اشتراط الطول في جميع أفراد شهادة السماع»، وهو وإن قاله ابن عبد السلام وصاحب التوضيح، لكنه خلاف الراجح من قصره على ثمانية فقط. قال الشيخ بناني على قول المختصر : «إن طال الزمان»، ما نصه : مثله لابن الحاجب، فحمله ابن عبد السلام على ظاهر إطلاقه وتبعه في التوضيح. وأما ابن هارون فاعترضه بأن طول الزمان ليس شرطا في جميع الأفراد، بل في الأملاك والأشرية والأحباس والأنكحة والصدقة والولاء والنسب والحيازة. قال وأما الموت فيشترط فيه تنائي البلدان او طول الزمان، واعتمد ابن عرفة كلام ابن هارون في حصره، وتبعه ابن غازي، وسلمه الشيخ الرهوني. وقال الشيخ التاودي في شرح التحفة بعد نقل كلام ابن عرفة ما نصه : فحصر الشرط المذكور تبعا لابن هارون في ثمانية امور، وعلى ذلك عول ابن غازي في حاشيته، والشيخ (طفى) في أجوبته. والحاصل انه لا يصح اشتراط الطول على الاطلاق. (هـ). منه.

وأما رابعا، فقولهم : «إن هذه الشهادة عارضتها اخرى قطعية»، غير معتبر لأن الأخرى باطلة باتفاق كما تقدم، فكيف تعارضها. والعجب من قول أولهم، إذ لا قيام للشهادة المفيدة لمطلق الظن مع المفيدة للعلم، مع قول شهودها : هذا الذي في علمهم. فصرحوا كما ترى بالعلم، وهو نسب لهم مطلق الظن، ما هذا الا قلب للحقائق، ومع ذلك تبعوه والله أعلم. المهدي لطف الله به.

فأجبت عن فتاوى عشرة بالبحث في هذا الذي كتبناه من صحة هذه الشهادة التي زعموا انها سماعية بما نصه :

الحمد لله، لا مزيد على ما قدمناه من أن شهادة الاثني عشر من اللفيف أنهم لم يزالوا يسمعون على عبد الله وأخيه اسماعيل سماعا فاشيا متواترا مستفيضا

على السنة أهل العدل وغيرهم أنهما ينسبان للسرقة والخيانة، الى قولهم : هذا الذي في علمهم ومستندهم في ذلك، السماع المذكور. هي علمية لا سماعية، ولا إخال أحدا يتوهم خلاف هذا، لأمور :

أولها قولهم فيها : سماعاً فاشياً متواتراً.

ثانيها : جزمهم بذلك في قولهم : كل ذلك في علمهم، وشهادة السماع الاصطلاحية لا يجزم فيها بالمشهود به كما في التبصرة ونصها : لشهادة السماع على ثلاثة مراتب :

الاولى : ما مستندها السماع المتواتر المفيد للعلم، كالسماع بأن مكة موجودة.

الثانية : ما مستندها الاستفاضة المفيدة للظن القوي القريب من القطع. ومنها الشهادة بالانساب، المشهورة الشائعة ككون مالك هو ابن انس، وهاتان يجوز للشاهد فيهما القطع بالمهشود به.

الثالثة : شهادة السماع الاصطلاحية وهي تفيد ظنا لكنه لا يقرب من القطع، ولا يقطع في هذا القسم بالمشهود به. (هـ). تأمله.

ثالثها. قولهم فيها ومستندهم في ذلك السماع. فوقع التصريح منهم بأن السماع المذكور أولا ليس هو المشهود به، وإنما هو مستندهم فيما علموه وشهدوا به من الخيانة والسرقة، ولا يخفى أن مستند الشيء هو غيره قطعا، فلو شهد عدلان مثلا بأن فلانا باع ملكه لفلان أو زوجه بنته وقالا : مستندهما في ذلك الحضور معهما، فهل يتوهم أحد من العقلاء أن الحضور معهما هو البيع أو النكاح، ولو شهدا أيضا أن فلانا مات وأحاط بميراثه أولاده الاربعة، وقالا مستندهما في ذلك المخالطة والمجاورة، فهل يتوهم في ذلك أحد أن المخالطة والمجاورة هما الموت والاحاطة المذكورة، فكذلك هنا المشهود به هو العلم بأن الرجلين المذكورين من أهل الخيانة والسرقة، ومستندهما فيه هو السماع الذي صدرت به الوثيقة، ليس هو المشهود به، لأنهم فسروه آخرها بأنه إنما هو مستند علمهم بذلك، وهذا ظاهر لا غبار عليه.

وقول من قال لا يخفى على ذي بصر أو بصيرة أن المشهود به في الشهادة التي أدلى بها المدعي هو كون سماع عبد الله وإسماعيل ابني ابراهيم من أهل السرقة والخيانة، صحيح بالنظر الى صدر الوثيقة فقط. وأما حيث زادوا في آخرها، أن ذلك في علمهم، وأن السماع المذكور انما هو مستندهم فلا، والكلام بآخره، فلا يجوز اعتبار أوله فقط وإسقاط النظر عن آخره بل هذه الصورة من أفراد قول ابن لب : إن الرسم تضمن علم الشهود ما شهدوا به وتحقيقهم، وإنما ذكروا السماع مستندا لما علموا وتحققوا، والخلاف إنما هو إذا شهدوا بحصول السماع الفاشي فقط. إلى أن قال : أما إن تضمنت الشهادة علم الشهود وتحقيقهم كما في النازلة، فيثبت النسب ويجب الميراث، ولا تجب في ذلك يمين على أحد. (هـ).

وقوله : وأما ما نقل عن ابن لب، فموضوعه أن الشهود قالوا ـــ ان فلانا مات وأحاط بإرثه، فمن أفظع الوهم. لأن الاستدلال إنما وقع بجواب ابن لب، اي بقوله في الجواب، ان الرسم قد تضمن علم الشهود ما شهدوا به. وهو صريح في نازلتنا، ولم يقع الاستدلال بموضوعه الذي هو الاحاطة بإرث الهالك. اذ لم نحتج به، بل احتججنا بجوابه، وهو صالح لموضوع نازلتنا وموضوع نازلته التي سئل عنها وغيرهما أيضا. فمهما تضمنت شهادة السماع علم الشهود. ما شهدوا به إلا ويصح الاحتجاج به، وهذا بديهي لا يخفى على أصاغر الولدان. وإيضاحه أن الاستدلال منا وقع بكلام ابن لب والباجي وغيرهما المتضمن ان كل شهادة سماع احتوت على العلم فهي قطعية سواء كانت بالسرقة أو بالإحاطة بالإرث أو بغيرهما والرد علينا وقع بأن موضوع كلام ابن لب الذي هو الإحاطة بالإرث مغاير لموضوعنا الذي هو التهمة بالسرقة، فهذا التباس، إذ لا نزاع في الموضوع حتى يقال : بين الموضوعين مغايرة، بل النزاع في الحكم، وهو متحد، تأمله. وقوله إذ لم نات على ذلك، اي على ان كون اللفيف من قبيلته يبطلها بدليل. إلخ.. إنما لم نات به ظنا مني انكم عارفون به لكونه متداولا بين صغار الطلبة. قال الشيخ ميارة نقلا عن سيدي العربي الفاسي : قد يعرض في العدد الكثير تواطؤ وتساند، ولا سيما ان كانوا من قبيلة واحدة أو جمعهم أمر واحد فيه داعية لذلك، فيقع

الخلل في شهادتهم لذلك. وقال البرزلي : وقع الخلل في هذا الزمن في شهادة العدد الكثير، وهو انه شاع وذاع أن القبيلة والجماعة الكثيرة يشهدون بالتساند أو بأخبار الشهود إياهم، فيشهدون على شهادتهم اعتمادا على أخبار بعضهم بعضا. (هـ). وهذه البينة فيها عشرة من قبيلة المشهود له، ومن أهل حرفته، فتأمل ذلك. وقوله : ان الذي بيد المدعي إنما هي شهادة سماع فقط.الخ.. إنكار لمحسوس، لأن شهادة السماع الاصطلاحية هي التي لم تتضمن علم الشهود ما شهدوا به، والا فهي قطعية، وهذه البينة التي بيده تضمنت ذلك. فكيف يقال انها سماعية، ما هذا الا مكابرة.

وأما قول الثاني : والعجب مني حيث زعمت ان الشهادة التي ادلى بها المدعي ليست سماعية الى قوله : وزادوا صراحة بقولهم : ومستندهم في ذلك السماع، فدليل قطعي على جهله وغباوته، وأنه لا يعرفها وليس مثل هؤلاء الحمر المستنفرة ممن يصلح للفتوى، ولكن الامر لله. وقبل هذا قيل :

لقد هزلت حتى بدا من هزالها كلاها وحتى سامها كل مفلس

ولقد قال أبو العباس الهلالي : يشترط في المفتي أن يكون عدلا عارفا، أما العدالة فلئلا يكذب في الأحكام، وأما المعرفة فلئلا يقلبها. (هـ). وقد جمع هذا الغبي هنا بين الجهل والكذب. أما الجهل ففي استدلاله على أنها سماعية بقول الشهود : «ومستندهم في ذلك السماع»، مع أن قولهم ذاك هو الدليل على انها قطعية، لأن مستند الشيء غيره قطعا. وأما الكذب ففي قوله إنها سماعية مع تصريح شهودها بالعلم، وقد قال العلماء : إن السماعية هي التي تفيد ظنا غير قوي، ولا ذكر هنا للظن أصلا، وإنما هنا العلم ومستنده فقط. وقوله «لأن مطلق القرابة لا ترد به الشهادة، بل لا بد من تأكدها»، خليل : «ولا متأكدا لقرب»، من نمط ما قبله، لأن كلام خليل في شهادة العدول وهم يشترط فيهم تأكد القرب كما قال. والكلام هنا في اللفيف، وهم لا يشترط فيهم التأكد بل مطلق القرب كما قال في العمل الفاسي :

إلا بما يقدح في ستر الحال كالقرب والصحبة أو أخذ المال

وكل من تكلم في شهادة اللفيف من سيدي العربي الفاسي الى التسولي، كلهم اشترطوا في قبوله عدم القرابة، ولم يقيدوها بالتأكد كشهادة العدول، وذلك لان شهادتهم على خلاف الأصل، وإنّما أجيزت للضرورة، فأدنى شيء يبطلها، ولا كذلك شهادة العدول. تأمله. وتقدم أن كونهم من قبيلة واحدة، موجب للخلل في شهادتهم، فكيف يشترط التأكد فيها، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وأجبت : عن معارضة اخرى من شخص آخر بما نصه :

الحمد لله، المسطر أعلاه، مجرد إفساد للكاغد لا محصول له، بل هو تهويل وتطويل بما لا فائدة له، وبيان ذلك ان هذا الكاتب لم يفهم موضوع النازلة، لأن موضوعها هو شهادة اللفيف الاصطلاحية، لكن هؤلاء الشهود هنا، إنما شهدوا بالسماع أولا، ثم أخبروا، بحصول العلم لهم بما شهدوا به، كما صرحوا به اخيرا، وإن ذلك السماع هو مستندهم، كانت قطعية لا سماعية، لأن كل شهادة سماع حصل العلم لشهودها بما شهدوا به صارت قطعية وارتفعت عن درجة السماع كما صرح به الائمة قاطبة. وتقدم بعض المنقول في ذلك، وياتي بعض آخر، والكاتب هنا التبس عليه الحال، وصار يخبط خبط عشواء وركب متن ناقة عمياء، فظن أن تلك الشهادة نفسها من باب التوالار ولم يفرق بين الشاهدة والمستند، وذلك خطأ صراح لا يقوله أحد، لأن التواتر أن يشهد جماعة كثيرة بحيث يفيد خبرهم العلم، والأمر هنا بخلاف ذلك، فقوله : وبديهي ان الشهادة المدلى بها المدعي ليست من التواتر في شيء. الخ... جوابه انه لم يقل بذلك احد بأنها من التواتر. ثم قوله : التواتر لا يصرح فيه بالسماع، وفي بطلان ما صرح فيه بالسماع وصحته توقف من نمط ما قبله أيضاً، إذ لا قائل به من المالكية وإن قاله التسولي. ونصه : أنه ــ أي الشاهد ــ في السماع، الذي يفيد العلم ياتي فيه بالشهادة على الجزم والقطع، وإن كان مستندها السماع، فإن صرح بالسماع سقطت إلا بشروطه، وهو غير صحيح. ويكفي بطلانه ما نقله هو في شرح التحفة، ونصه : قال القرافي : إن الشاهد إذا صرح بمستند علمه في الشهادة بالسماع المفيد للعلم أو للظن في

الفلس أو حصر الورثة، فلا يكون تصريحه قادحا على الصحيح. قال : وقول بعض الشافعية يقدح، ليس له وجه، فإن ما جوزه الشرع لا يكون النطق به منكرا. (هـ). فكلامه يفيد انه متفق عليه عندنا، تأمله. لأنه انما نسب المقابل لبعض الشافعية فقط، ومع ذلك اعترضه بأنه لا وجه له. وقد نبهنا عليه في حاشية الزقاقية.

وكذا قوله:إن التواتر لا يفيد العلم في كل مسألة. من نمطه أيضا، إذ التواتر يفيد العلم أبدا، وإنما الخلاف في الاستفاضة. قال المحشي بناني : الذي ذكره ابن عبد السلام والتوضيح، هو أن الخبر المستفيض هو المحصل للعلم أو للظن القريب منه، وإن لم يبلغوا عدد التواتر. والذي لابن عبد الحكم أن المستفيض هو الخبر الحاصل ممن لا يمكنهم تواطؤ على باطل كما نقله عنه ابن يونس، وهذا هو التواتر المحصل للعلم، واقتصر عليه ابن عرفة، والأبي والمواق، فهذا التفسير أخص، والأول أعم منه، والزرقاني خلط بينهما. (هـ). فأنت تراه إنما حكى الخلاف في المستفيض لا في المتواتر، اذ هو خاص بما يفيد العلم، لأن ذلك هو الضابط فيه كما يعرفه أصاغر الولدان.

وقوله:إنها شهادة سماع كما جزمت به الجماعة. كان من حقه أن يستدل بأقوال العلماء، وأما الجماعة اي جماعة المفتين فقد تبين خطؤهم، فلا عذر له مع الله في اتباعهم، بل ذلك إلحاد، لأن العلماء قيدوا شهادة السماع بما إذا لم يحصل لشهودها علم بما شهدوا به، وإلا فهي قطعية، وهؤلاء الجماعة استنكفوا عن ذلك وأرادوا ان يجعلوها شهادة سماع مطلقا، فلا يحل لمسلم اتباعهم.

وقوله : الفرق بين نازلة ابن لب ونازلتنا، ان نازلة ابن لب صدرت بالعلم أولا، وأسندت للسماع اخيرا، ونازلتنا بالعكس، غير صحيح ولا قائل به، بل المدار على حصول العلم لشهودها، سواء تقدم أو تأخر. وسبب كتبه ذلك هو قلة الاطلاع على نصوص الائمة. ففي نوازل المحقق الزرهوني ما نصه :

وقع الجواب عن شهود شهدوا بأنهم يجوزون ثلاثة ارباع جلسة الحانوت الأولى يمنة المنعطف من كذا لكذا، المعتمد بها الآن فلان، وإنهم لم يزالوا يسمعون

سماعا فاشيا مستفيضا على ألسنة أنها حبس على مسجد كذا ويعرفونها تحاز بما تحاز به الاحباس وتحترم بحرمته، واتصل ذلك في علمهم الى الآن، وقيدوا شهادتهم في كذا بما نصه :

الحمد لله، الشهادة في الحبس أعلاه تامة يقضى بها بعد الإعذار للخصم، ولا يشترط هنا طول الزمان، لأن هذا النوع من قبيل شهادة البت، لقولهم يعرفونها تحاز بما تحاز به الاحباس، وتصديرها بالسماع لبيان مستند علم الشهود لا يصيرها من شهادة السماع. ففي نوازل الفاسي عن ابن لب: أن شهادة السماع المفيدة للعلم أو اليقين أو المعرفة، هي من شهادة البت لا من شهادة السماع، فينتزع بها من يد الحائز، ولا يشترط فيها طول الزمان أو قصره، ولا يختص بباب دون آخر، وذكر السماع فيها لسان حصول طريق العلم. قال : ومثله في ابن الحاجب والباجي وابن رشد، ثم قال : فإذا تقرر هذا، وعلم ان هذه البينة ليست بينة السماع التي لا ينتزع بها من يد حائز، فإذا وجد هذا الحبس بيد أحد كان اشتراه أو آباؤه، فإنه يفسخ وينزع من يده ويرد الى ما حبس عليه ولا ينفع طول الحيازة في ذلك لان الحبس لا يحاز عليه كما قاله ابن رشد والله اعلم.

وكتب أبو بكر الحسني. (هـ) من خطه.

وبعده، الحمد لله؛ ما رسم أعلاه من أعمال الشهادة وكونها من قبيل شهادة البت وأنه ينتزع بها. صحيح. لأن شهادة السماع ان احتفَّ بها من القرائن ما يفيد العلم ترتقي عن شهادة السماع إلى الشهادة بالبت، وحيث كانت بهذه القرائن فينتزع بها من يد الحائز ولا يشترط فيها طول الزمان، ولا تعدد الشاهد، فيحكم فيها بالشاهد الواحد في الأموال وما يؤول اليها، فذكر كلام التبصرة وابن رشد، ثم قال : وفي الدر النثير لابن هلال ما يفيد ما في الاجوبة الفاسية. ثم قال بعد نقل كلام ابن الحاجب والتوضيح وابن ناجي ما نصه والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته. (هـ).

فأنت ترى هذه النازلة صدرت بالسماع، وأجاب عنها الأئمة بأنها من شهادة البت كنازلتنا، بل أضعف منها، فأين ما قاله هذا الكاتب؟

وقوله : «وكل من تكلم في القرابة في اللفيف فغرضه القرابة المنصوصة في العدالة». كان من حقه ان ياتي بدليل على هذه الدعوى، وإلا فهي سفسطة، إذ العلماء أبطلوا شهادة اللفيف بمجرد القرب لانه مظنة التهمة، ونظمه في العمل الفاسي بقوله :

إلا بما يقدح في ستر الحال كالقرب والصحة وأخذ المال

وحكى الأبّار والتسولي الاتفاق على ذلك، وعليه فحيث اتفقت كلماتهم على ان مطلق القرب يقدح في شهادتهم، وصرح ميارة وهو حامل رايتهم بأن مجرد كونهم من قبيلة واحدة موجب للخلل في شهادتهم، فكيف يتوهم تأكد القرابة فيهم، وكأنه يجهل ان النصوص إذا جاءت على وثيرة واحدة فإطلاقها مقصود، وإن الظاهر عند الفقهاء نص، فلا يناسب من يتعاطى الفتوى ان يكون جاهلا بمثل هذا، فالمؤلف في اللفيف أولا هو سيدي العربي الفاسي، والمتكلم فيه أخيرا هو التسولي، وكلاهما أبطلا شهادته بمطلق القرب، فأي كلام بقي يسمع لمثل هذا في هذا المعنى، ما هذا إلا إفساد للكاغيد، وتضييع للعمر فيما لا يعود عليه بنفع.

وكذا قوله : بل صرح بعضهم بكون المراد بالقرابة في اللفيف القرابة المعهودة في العدالة... الخ، سفسطة أيضا، إذ لم يقل أحد بذلك، وغاية ما هناك أن الإمام الأبّار قال في آخر جواب له في اللفيف : لا بد من اشتراط السلامة من جرحة الكذب والسفه والفجور وإظهار السكر واللعب بالقمار، ومن الاوصاف الرذيلة ومن لحوق التهمة فيما شهدوا به من صداقة خاصة وقرابة مع المشهود له، وعداوة المشهود عليه، وإلا فلا تقبل شهادتهم اتفاقا. (هـ). ووافق عليه سيد عبد القادر الفاسي، فقال : الجواب أعلاه صحيح. (هـ). فبحث فيه أبو زيد الفاسي ناظم العمل. فقال بعد نقله : إلا أن السالم من هذه الاوصاف عندنا اليوم هو العدل المزكّى لوجود أوصاف العدالة في الجملة، فلم يبق الا التبريز فيها، فإن العقل والاسلام والبلوغ معلوم اشتراطه في ذلك والحرية والمروءة تتضمنهما السلامة من الاوصاف الرذيلة والرشد تتضمنه السلامة من السفه، واجتناب الكبائر

وصغائر الخسة تتضمنه السلامة من الكذب والفجور، وكذلك ما بعده من تأكيد القرب في لحوق التهمة. والغالب أو المحقق، أن هذه الأوصاف تتعذر بحسب القضايا. (هـ). فقال هذا الكاتب بعد نقله : فأنت تراه قد صرح بأن المراد بالقرابة، القرابة المعهودة في شهادة العدول. وذلك باطل من وجوه :

أولها أن ما نسبه أبو زيد للأبّار من تأكيد القرب، ليس هو في كلامه، وإنما فيه لحوق التهمة فيما شهدوا به. فتلك الزيادة انما هي غلط منه بدليل المشاهدة.

ثانيها، انه لم يصرح بأن المراد بالقرابة في اللفيف القرابة المعهودة في العدالة كما نسبه اليه الكاتب.

ثالثها ان ابا زيد الفاسي انما ذكره بحثا واستشكالا لكلام الأبّار، وذلك لا يؤثر شيئا ولا يوجب خللا، بدليل انه لم يعرج عليه في نظمه ولا اعتبره أحد من بعده، فلا يسوغ الإفتاء به إذ لم يذكره على أنه قول معتبر، وإنما ذكره على سبيل البحث والنظر. والفتوى انما تكون بالقول المشهور أو المعمول به، ولذا قال أبو العباس الهلالي في نور البصر : إعلم انه لا تجوز الفتوى ولا الحكم بالمرجوح، وهو شامل للشاذ والضعيف بالاجماع، حكاه القرافي في غير موضع. (هـ). وقال أيضا : وليحذر الطالب كل الحذر من الفتوى بكل ما يجده في الأوراق من غير تمييز بين ما يكسبه عظيم الثواب وما يذيقه أليم العذاب. الى ان قال : ومن كان يفعل ذلك فقد هان عليه امر دينه. (هـ). والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وأجبت عمن عمد الى جنانيْ فلان وفتح زربهما فخاصمه فلان لدى القاضي في ذلك، فزعم ان محل الزرب هو حوزه وملكه بما نصه :

الحمد لله، حيث كان الجنانان ملكا لفلان المدعي في المقال، فمحل زربهما ملك له أيضا حتى يثبت خلافه لا للمدعى عليه في المقال، لأن محل الزرب من جملة الجنان، فلا يكلف بإثبات ما هو ملك له، وإلا كان فيه تحصيل

الحاصل، بل الذي يكلف بالاثبات هو الزاعم أن موضع الزرب ملك له، وإلا كان فيه تحصيل الحاصل، بل الذي يكلف بالاثبات هو الزاعم أن موضع الزرب ملك له، وليس هو في حوزه. قال الزرقاني في شرح المختصر : قال المتيطي : «حد المبيع داراً أو أرضا منه كحدها الشرقي في شجرة كذا، فتدخل الشجرة ان لم يصرح بضده كحدها القبلي دار فلان. (هـ). ونظمه ابو علي ابن رحال فقال

الحد عندهم من المحدود حيث خلا عن صارف معهود

وقال الحطاب في شرح المختصر : **مسئلة** : قال في مختصر المتيطية : والصواب ان يقول : ينتهي الحد القبلي منها الى كذا وكذا سائر الجهات، لأن الحد داخل في المحدود، وطرف منه. فيزيد في ذلك ان طرف الدار ينتهي الى كذا. قال ابن الهندي وابن العطار : وهي عبارة كثير من المتقدمين، إلى أن قال عن ابن عتاب :

وسئـــل اسماعيل القاضي عن قوله ــ أي الموثق ــ حدها من الشرقي الشجرة، هل تدخل الشجرة في المبيع فوقف عن الجواب، ثم قال : قد قرأت باب كذا من كتاب سيبويه، فدلني على أنها تدخل في المبيع. قال ابن سهل : وفي هذا نظر. (هـ). وقال أبو علي بن رحال في شرح المختصر أيضاً ما نصه : ابن عرفة عن المتيطي : وحد المبيع داراً أو أرضاً منه. وقاله ابن الهندي وابن العطار وغيرهما، ما لم يصرح بضده كقول كثير من الموثقين ،حدها في القبلة دار فلان. ابن عتاب. **سئل** اسماعيل القاضي عن قوله : حدها في الشرق الشجرة، هل تدخل في المبيع؟ فوقف ثم قال للسائل : قرأت باب كذا من كتاب سيبويه فدلني على انها تدخل في المبيع. قال ابن سهل : وفي هذا نظر.

قلت : قوله حد الشيء منه، ينفي توقف القاضي ونظر ابن سهل. (هـ). فإذا تقرر هذا وعلم أن الحد داخل في المحدود، وظهر ان الذي يطالب بإثبات أن

موضع الحد له، هو المدعى عليه لا المدعي، وعليه فيرد الزرب الى محله كما كان، ويؤمر المدعى عليه بإثبات أن محله ملك له والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عن محجورة وكلت زوجها على وصيها فادعى عليه انه أخفى حوائج من التركة وأخذها لنفسه، وطلبت يمينه على ذلك، فأقام شهادة العدول المبرزين. أنه من الخيرة بمكان.

فأجبت : الحمد لله، من المعلوم المقرر الذي هو كشمس الظهيرة أو أشهر أن الدعوى بما فيه معرة لا تتوجه فيها يمين على المنكر، الا إن كان معروفا بالتهمة والخيانة، وعليه فحيث ادعى وكيل المحجورة أن المدعى عليه أخفى تلك الحوائج واستبد بها على وجه الظلم والتعدي، فلا بد من إثبات انه ممن يشار إليه بذلك، وإلا فلا يمين له عليه كما هو منصوص في دواوين المالكية. قال ابن سهل : إذا كانت الدعوى في تعد ينسبه احدهما الى صاحبه، فإن اليمين لا تجب في هذه بخلطة، وإنما تجب في مثل ما اذا كان المدعى عليه بالتعدي ممن يتهم بذلك وينسب اليه ويكون معروفا به، قف عليه. وقال الرعيني في كتاب الدعوى والانكار : من ادعى غصبا أو سرقة أو تعديا على من ليس من اهل ذلك، ولا يعرف بشيء من دعوى المدعي الا بقوله، فعليه الادب الموجع من اهل الحكم والعدل. (هـ). وقيدوا بهذا قول التحفة :

والمدعى عليه باليمين ... في عجز مدع عن التبيين

قال في البهجة : ثم العمل بترك الخلطة انما هو في الدعاوى بالمال من معاملة ونحوها لا في الدعاوي التي يشترط في توجه اليمين بها الضنة والتهمة، كالغصب والتعدي والسرقة ونحوها، فلم يجر عمل بتوجهها بدون التهمة كما مر عن ابن فرحون، ونحوه في الحطاب والرعيني، بل تقدم أنه اذا ادعى بذلك على صالح لم تسمع دعواه ويؤدب. (هـ). ولما قال في المختصر : «وفي حلف المجهول قولان».

قال الزرقاني ما نصه : والثاني آظهر، لقاعدة أن كل دعوى لا تثبت الا بعدلين، فلا يمين بمجردها والغصب من باب التجريح، وهو إنما يثبت بعدلين، الخ... ونحوه قول الشيخ الرهوني في حواشيه : يظهر من النقول أن الثاني في كلام المصنف أقوى، ويؤيد ذلك كونه ظاهر المدونة، ففيها آخر كتاب السرقة ما نصه : ومن ادعى على رجل انه سرقه لم أحلفه الا ان يكون متهما يوصف بذلك.

وفي نوازل الإمام ابي العباس الهلالي شارح خطبة المختصر أنه **سئل** عمن ادعى بسرقة على من لا يتهم بها ولا تتعلق به ضنة منذ قام وهو مشتغل بما يعنيه.

فأجاب : دعوى السرقة ونحوها على أهل الدين والخير لا توجب على المدعى عليه شيئا ولو كانت محققة، فكيف إذا كانت دعوى اتهام، فلا يمين ولا ادب على المدعى عليه، بل الادب على المدعي كما في تبصرة ابن فرحون على الصحيح من القولين، ونظمه في التحفة بقوله :

فإن يكن مدعيا ذاك على — من حاله في الناس حال الفضلا
فليس من كشف لحاله ولا — يبلغ الدعوى عليه أملا

ونصوص المذهب بهذا طافحة، فلا حاجة إلى التطويل بها، على أنا وإن قلنا بوجوب هذه اليمين فلا بد من تأخيرها الى رشد المحجورة، ولذا قال في نوازل الوصايا من المعيار ما نصه :

وسئل سعيد بن حسان عمن أوصى على ولده رجلا فلما كبر الولد ادعى بدين لابيه، وأراد استحلافه.

فأجاب : ليس للولد استحلاف الوصي بوجه. (هـ)، يعني ما دام محجورا لكون أحلافه الآن لا يفيد شيا، إذ من لازم اليمين براءة الحالف. (هـ). يعني ما دام محجور وإبراء المحجور له الآن لا يفيد شيئا، إذ من لازم اليمين براءة الحالف من الحق المدعى به، وإبراء المحجور له الآن من الحق هو والعدم سواء،

تأمله. ولم يجر عمل بأن المحجور يحلف المنكر ويقبض حقوقه ممن هي عليه، وإنما جرى بطلبها وإظهارها والكشف عنها وتثبيتها والخصام فيها بنفسه أو التوكيل عليها لا غير كقبضها وتحليف المدعى عليه، والله اعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

نوازل الشفعة

سئلت عمن حبس عليهم وعلى عقبهم جزء مشاع من دار بفاس، وبيدهم مال أيضا م نقبل المحبس ليشتروا به ربعا آخر للتحبيس عليهم كذلك ثم انه بيع الجزء الباقي في الدار المحبس جزؤها وأرادوا شفعته بذلك المال، فمنعهم المشتري من الشفعة، فهل لهم شفعة أم لا؟.

فأجبت : الحمد لله، لا شفعة للمحبس عليه فيما بيع من الدار، ولو أراد اخذه ليلحقه بالحبس كما قال في المختصر: «لا محبس عليه ولو ليحبس». لانه لا شركة له في الأصل، إذ هو ملك للمحبس، وإنما له المنفعة، والمدار في الشفعة على ملك الاصل، ولا عبرة بشركة المنفعة. ففي نوازل الفاسي نقلا عن ابن رشد ما نصه : لأن مذهب مالك رحمه الله وجميع اصحابه ان لا شفعة في الاصول الا فيما بين الشركاء على ما ثبت من قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما بين الشركاء ما لم تقع الحدود، والشريك بإجماع أهل العلم انما هو الذي يشارك الرجل في رقبة المال بجزء معلوم على الاشاعة، قف عليه. ابن ناجي. وظاهر الكتاب ان المحبس عليه اذا اراد أخذه بنية إلحاقه بالحبس انه ليس له ذلك، وهو كذلك، وأخذه اللخمي من قولها نصا، ومثله في سماع ابن القاسم. (هـ). وقال في الشامل : كمحبس ومحبس عليه اتفاقا الا لقصد تحبيس، فمشهورها للمحبس فقط. (هـ). والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل الحائك عمن اشترى شقصا في شركة حبس مسجد أراد الناظر أخذه بالشفعة.

فأجاب : أن الذي في المتن أن ناظر الوقف لا شفعة له. قال ابن غازي في شفائه : وبهذا قطع في التوضيح، وزاد في الشامل الأصح، ولا أدري من أين نقله، وليس بداخل في كلام ابن رشد. (هـ).

قال شيخنا بناني عقبه : قلت : لعل مقابل الأصح في كلام الشامل هو

تخريج ابن رشد في الأجنبي، إذ ناظر الوقف أخص منه، وذلك واضح من المواق، وقول ابن غازي ليس بداخل في كلام ابن رشد غير ظاهر. (هـ). وقال الحطاب : الإشكال في عدم أخذه بالشفعة على القول الذي مشى عليه المصنف في أن المحبس عليه ليس له ان ياخذ بالشفعة ولو ليحبس. وقد يؤخذ ذلك من كلام أبي الحسن. وعلى عدم الاخذ رأينا الناس فيما انتهى إليه علمنا. والله الموفق. (هـ).

وسئلت عن ناظر بيت المال هل له شفعة فيما باعه شريك بيت المال أم لا؟

فأجبت : الحمد لله، لا شفعة لناظر بيت المال، لأنه إنما جعل لحوز ما ضاعت أربابه فقط، وإن كان صاحب المختصر حكى في ذلك قولين فقال : وفي ناظر الميراث فولان، لكن القول بالشفعة اعترضه غير واحد، ففي المواق عند قول المختصر كسلطان ما نصه ابن زرب عن بعضهم : إن لناظر بيت المال اذا وقعت حصة في بيت المال من ملك المواريث ان ياخذ بالشفعة. قال : وهو خطأ، ولا تجب له شفعة لانه ليس يتجر للمسلمين انما هو يجمع لهم ما يجب لهم. وقال الحطاب أيضا، لما ذكر قوله في المدونة : ان المحبس عليهم ليس لهم الاخذ، قال ابن سهل : به يستدل على أن صاحب المواريث لا يشفع لبيت المال والمساجد. (هـ). وقال في التوضيح : اختلف في صاحب المواريث هل ياخذ بالشفعة لبيت المال؟ فقال بعضهم : له الاخذ. ومنع ذلك ابن زرب ورأى الاول خطئاً. (هـ). وقال ابن عرفة عن ابن سهل : قال ابن زرب : أفتى بعض الفقهاء ــ وأظنه الحجاري ــ بأن للناظر في بيت المال إذا وقعت حصة في بيت المال من ملك في المواريث ان ياخذ بالشفعة، قال وهو خطأ، ولا تجب له شفعة لأنه ليس يتجر للمسلمين، إنما هو يجمع لهم ما يجب لهم. (هـ). ونسب التتائي هذا القول بالشفعة الى المغيرة، وأبطل الرهوني نسبته للمغيرة، فتحصل أن قائل هذا القول غير معروف، لأن غالبهم ابهمه بقوله بعضهم، وابن سهل قال اظنه الحجاري. فلم يجزم به، وتعين ان القول بعدم الشفعة هو المعتمد والأقوى، وأنه الذي يصار له في الحكم والفتوى والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به (هـ).

وسئل عمن اشترى حصة في غابة زيتون ودفع ثمنها وحاز مشتراه، ثم اشترى في هذا الزيتون حصة اخرى من شريك آخر، وبقي الأمر على هذه الحالة نحو سبعة أشهر من شراء الحصة الاولى فوجدت الغلة، فقام ينازع فيها صاحب الحصة الاولى، ثم تقايلا في هذه الحصة، ورد البائع الثمن على المشتري بعد أن بقي عنده نحو سبعة أشهر، فلما تمت الإقالة طلب البائع الثمن على المشتري بعد أن بقي عنده نحو سبعة أشهر، فلما تمت الإقالة طلب البائع ان يشفع الحصة الثانية التي كانت بيعت بعد، فأجابه المشتري بأنه وقت بيعها لم يكن مالكا أصلا فلا شفعة له.

فأجبت : الحمد لله، هذه المسألة من باب الإقالة قطعا،وإن كان سببها هو الاختلاف في الغلة، لأن حقيقة الإقالة صادقة عليها. قال ابن عرفة : هي ترك المبيع لبائعه بثمنه، وقال الشيخ التاودي: هي رجوع كل واحد من العوضين ليد صاحبه. (هـ). فكلاهما أطلق فيها، أي كانت ناشئة عن الاختلاف في الغلة، كما في هذه النازلة أم لا، وعليه فمن باع حصته التي يستشفع بها ثم رجعت إليه بإقالة، فإنه لا يشفع بها ما بيع قبل الإقالة باتفاق، لأن هذه الحصة المردودة بالإقالة، تشفع من يده، اي البائع، فبأي شيء يشفع ما بيع قبل الإقالة. قال ابن هارون في اختصار المتيطية ما نصه : وإن تقايل المتبايعان في الشقص، ففي الموطأ : أن الإقالة باطلة، ياخذ الشفيع بعهدة البيع لا بعهدة الإقالة. (هـ). وقال الزرقاني نقلا عن التتائي ما نصه : فمن ابتاع شقصا له شفيع ثم أقاله منه، فالشفعة للشفيع وتبطل الإقالة. (هـ). قال المحشي بناني : بل هي باطلة شرعا، فهي كالمعدوم حسا. (هـ). وقال الزرقاني أيضا على قول المختصر : ولو أقاله ما نصه : أي قال البائع المشتري من السلعة التي فيها الشفعة، فإن تقايلهما لا يسقط الشفعة. وقال في المختصر والإقالة : بيع إلا في الطعام والشفعة. قال الحطاب في شرحه بعد نقل كلام المدونة والتوضيح ما نصه : قلت فيكون معنى ما تخير أن الإقالة في الشفعة ملغاة، ولا يلتفت إليها، ولا يحكم بأنها حل بيع ولا ابتداء بيع، والله اعلم.

وقال الحفيد في نهايته : أجمعوا على أن الإقالة لا تبطل الشفعة، من رأى أنها بيع، ومن رأى أنها فسخ. (هـ). والنصوص بهذا المعنى كثيرة جدا، وهي متفقة على أن الحصة المردودة بالاقالة، تؤخذ من يد البائع بالشفعة، فتأمل ذلك. كيف يمكن أن يقال أن البائع تبقى له حصته ويشفع بها من يد غيره، وأما ما سطر أعلاه: فكله لا محصول له ولا معول عليه، واستشهاده على ما زعمه بكلام التسولي باطل لأمور.

أولها، انه في الاختلاف في الثمن لا في الغلة كما هنا. فالقول للبائع كما في طرر ابن عات، ونصها : فإن اختلفا فقال المبتاع : إشترطت على البائع حظه من الزرع المستغل على وجه الارض. وقال البائع : لم يشترط علي شيئا من ذلك، فاليمين على البائع وله ردها. قاله ابن الهندي في مقالات ابن مغيث. وانظر اين هذا من قولهم في اختلافهم في نفس المبيع. وقد يقال: إن التحالف عند اختلافهما في نفس المبيع، إنما هو إذا كان الاختلاف في غير الاتباع التي ليست مقصودة في الصفقة وما كان مقصودا، ففيه التحالف. (هـ). وأيضا كلام التسولي من الاختلاف في الثمن. والمسألة على ما قرره من الاختلاف في الثمن.

ثانيها، أن كلام التسولي إذا تحالفا وتفاسخا، وليس في هذه المسألة حلف وفسخ، وإنما هنا صريح الاقالة.

ثالثها، على تسليم ذلك ليس في كلامه ان البائع يشفع الحصة المبيعة قبل الفسخ الذي هو المراد، وإنما فيه ان الحصة المردودة بالفسخ بعد التحالف لا تشفع، فلا يفيد ما فرعه عليه من قوله : وحيث لم يكن لشريكه شفعة، فله هو الشفعة. لأنه لا يلزم من نفي الشفعة في حصته المردودة عليه ثبوتها في حصة غيره، وهذا من الضروريات. وقوله : فالراجح ان الاقالة في باب الشفعة حل للبيع الأول غير صحيح، بل ليست في باب الشفعة بيعا ولا نقضا له. (هـ).

والحاصل أنه لا شفعة للبائع هنا قطعا والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن مسألة من الشفعة، ونص جوابها :

الحمد لله.من المعلوم المقرر أن الوارث مقدم على الموصى له في الأخذ بالشفعة، كما أن المشتري من الوارث يتنزل منزلته، فيقدم ايضا على الموصى له لأن مراتب الشفعة أربع : ذوو الفروض، والعصبة، والموصى لهم، والأجانب، وكل منهم يدخل على من بعده دون العكس، وقد نصوا على أن وارث كل يتنزل منزلته، وكذا المشتري من كل منهم يتنزل منزلة البائع ونظم ذلك العلامة أبو العباس سيدي احمد بن عبد العزيز الهلالي فقال :

قدم شريك بائع في السهم ثم   في الارث ثم من له أوصي أم
فشرك موروث وادخل كلا   منهم على من بعده قد حل
ووارث ومشتر في النقل   كلاهما فيما له كالأصل

وما ذكره في المشتري نقله في المفيد عن احكام ابن ابطال عن سماع ابن القاسم، ونقله المتيطي أيضا عن سماع ابن القاسم، وزاد ان بعض الشيوخ قال : لا يعلم فيه خلافا، ومراده ببعض الشيوخ ابن رشد على عادته. ففي رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب الشفعة ما نصه :

وسئل مالك عن أربعة إخوة باع احدهم نصيبه من دار لهم فسلم إخوته للمشتري ما اشتراه، أتراه شفيعا معهم اذا باع آخر منهم. قال: نعم. قال محمد ابن رشد : هذا، كما قال، وهو مما لا اعلم فيه اختلافا، لان المبتاع يحل محل بائعه. (هـ). والله اعلم، وقيده لسائله المهدي لطف الله به. (هـ).

تنبيه : انظر قولهم في تعريف الشفعة : «هي أخذ شريك»، هل يشمل ما اذا كان الشريك حملا أو غير موجود اصلا فتدخل مسألة من أوصى لمن

سيوجد من ولده اذا تزوج، أوْ لَا حتى يخلق الحمل وهو الصواب. قال في المدونة : ولا ياخذ الوصي للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهل، لانه لا يملك الشقص المستشفع به الا بعد ان يولد. (هـ).

قال العبدوسي : وقعت مسألة بمجلس الفقيه اليزناسني وكنت حاضرا، وهي أن رجلا أوصى بجزء من ماله لاول ولد تلده ابنته، فمات الموصي وكان له شقص في الدار، فباع شريكه في تلك الدار نصيبه، ثم تزوجت ابنة الميت، وولدت ولدا، فهل يؤخذ لهذا الولد بالشفعة أم لا؟ فقلنا : يؤخذ له بالشفعة، واعتمدنا على مسألة الكتاب هذه؛ووافقنا على ذلك شيوخنا أجمع وأفتوا به. (هـ). نقله سيدي يعيش الشاوي. وقال ابن غازي في تكميل التقييد عند نص المدونة المذكور ما نصه : منه أخذ شيخ الجماعة ابو مهدي عيسى بن علال أن العامل في المغارسة اذا باع صاحب الارض حصته قبل ان يبلغ الغرس، أنه لا يأخذ الآن بالشفعة حتى يبلغ الغرس، فبلوغ الغرس كوضع الحمل وهو مأخذ حسن. (هـ).

وهذا والله أعلم هو معنى ما نقله ميارة في شرح تكميل المنهج ونصه. قال الامام أبو إسحاق التونسي في أجوبته في الوصية لاولاد فلان أو ما يتزايد لفلان، معناها انها تكون حبسا موقوفا ما دام الأب حيّاً، لا تباع ولا توهب ولا يستشفع بها، ولا تورث عمن مات منهم قبل موت الاب، فإذا مات الاب فهي من قبيل الهبة المتملكة التي تورث وتفوت بأنواع الفوت، ويستشفع بها. قال وهو قول أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ ومطرف في النوادر وابن حبيب في الواضحة وعبد الوهاب، وهو نص الامام المازري. (هـ). ونقله العلمي في نوازله أيضا. فقوله : ويستشفع بها اي ما بيع قبل وجوده في شركة الثلث الموصى له به، وبه يبطل توقف أبي العباس الهلالي حيث قال : وفي ثبوت الشفعة للموصى لهم نظر، لأن من شروطها ثبوت ملك الشفيع لشقصه قبل البيع، والوصية لمجهول ياتي لا يتحقق ملك الرقبة فيها الا بانقطاع النسل لتحقق المالك على ما جرى به العمل وصرح بعض المحققين بمشهوريته وعدم عدِّ من مات قبل انقطاع النسل والله أعلم. (هـ)

من أجوبته، فتأمله، وذلك لأن انحصارهم يتنزل منزلة وضع الحمل المذكور في قول المدونة، ولا ياخذ الوصي للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهل، بل هم أولى من الحمل لتحققهم في الوجود دونه فتأمله.

والحاصل أن لا شفعة لهم الآن وهي لهم في المستقبل، ولذا قال بعضهم : **مسئلة** في الشفعة، صورتها رجل أوصى لولد ولده بثلثه وعين مخرجه في نصف جنان له في شركة اجنبي، فمات الموصي قبل أن يولد لولده، فوقف الثلث حتى يولد له، ومن جملته نصف الجنان الذي عينه الموصي، ثم إن الشريك الاجنبي باع نصفه قبل استحقاق الوصية، فهل فيه شفعة أم لا؟ فالحكم في المسألة ان لا شفعة فيه الآن لا لولي الموصى له ولا لورثة الوصي. أما الاول فدليله ما ذكره الشيخ يعيش في كواكبه في مبحث الشفعة، ونصه : قول ابن عرفة استحقاق شريك... الخ

قلت : ظاهره ولو كان الشريك حملا، وظاهره ايضا ولو كان الشريك غير موجود بالكلية، فتدخل مسألة من أوصى لمن سيولد من ابنته اذا تزوجت وهو كذلك. قال في المدونة : ولا ياخذ الوصي للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهل لانه لا يملك الشقص المستشفع به الا بعد ان يولد. (هـ). قال العبدوسي وقعت مسألة بمجلس الفقيه اليزناسني وكنت حاضرا، وهي ان رجلا أوصى بجزء من ماله لأول ولد تلده ابنته فمات الموصي وكان له شقص في دار، فباع شريكه في تلك الدار نصيبه، ثم تزوجت ابنة الميت وولدت ولدا، فهل يؤخذ لهذا الولد بالشفعة أم لا؟ فقلنا : يؤخذ له بالشفعة واعتمدنا على مسألة الكتاب هذه، ووافقنا على ذلك شيوخنا أجمع وأفتوا به. (هـ). نص الكواكب وهو كاف في عدم شفعة الولي الآن ودليل الثاني هو ان الورثة لا يملكون الآن الشقص المستشفع به حتى يقع اليأس من الولادة بموت الوالد أو نحوه، وقد وقع الخلاف في غلة الموصى به إذا قبل الموصى له بعد الموت، وقد كان تأخر القبول عن الموت، فالأصح كما في ابن الحاجب والتوضيح أن القبول كاشف أن الموصى به ملك للموصي له من حين الموت. وقيل : انما حصل الملك حين القبول، فيكون الملك قبل القبول لورثة الموصي.

هكذا نقل ابن الحاجب الخلاف في المسألة، تبعا لابن شاس، وحكى بعضهم الاتفاق على انه للموصى له، نقله في التوضيح. فإذا بنينا على الاصح كما في عبارة ابن الحاجب، أو المشهور كما في عبارة المكناسي، أو المتفق عليه كما في التوضيح عن بعضهم، ويقرب منه كلام التونسي، من أن القبول كاشف أن الموصى به ملك للموصى له من حين الموت، فلا إشكال في عدم وجوب الشفعة الآن للورثة، ولا يتوقف فيه احد لوضوحه، وكذا إذا بنينا على مقابل الاصح أو المشهور من أن الملك إنما حصل حين القبول، فهم إنما يستحقون اخذ الغلة لا الرقبة فلا شفعة لهم باستحقاق اخذ الغلة، لأن الشفعة إنما تكون بملك الشريك الشقص المستشفع به كما في سائر عباراتهم وهم انما يملكون الغلة.

فإن قلت : قد جرى العمل بوجوب أخذ الورثة الغلة الناشئة بعد الموت وقبل وجود الولد وقبول وليه حسبما في نظم عمل فاس حيث قال :

وغلة قبل وجود الموصى له لوارث أنل تخصيصا

وأن العلاقة سيدي محمد بن أبي القاسم، لما شرحه وذكر ما في المألة من الخلاف، وأن العمل جرى بغير المشهور. قال : إن القول بأخذهم الغلة مبني على أن الملك حصل للموصى له حين القبول، فيكون ذلك مقتضيا لوجوب الشفعة للورثة.

قلنا : هذه قضية خاصة جرى العمل فيها بأخذ الغلة، والخاص لا يقضي على العام، فهي جارية على خلاف المشهور، فيقصر الحكم فيها ولا يعمها وغيرها، إلا أن لو قالوا : قد جرى العمل بذلك القول في كل مسألة مسألة أو عبارة تشبه ذلك مؤذنة بالعموم، وإلا فلا خلاف لمن توهم خلاف ذلك وأفتى بوجوب الشفعة، وربكم اعلم بمن هو أهدى سبيلا. (هـ).

تنبيه آخر : قال الشيخ الرهوني : يشمل المشتري عامل المغارسة، فإذا دفع أحد الإخوة مثلا حظه من ارض لاجنبي بالمغارسة فتم عمله فباع احد الإخوة نصيبه فالعامل كأحدهم، وأما إذا باع قبل تمام العمل فقال ابن غازي في تكميله

عند قول المدونة : «ولا ياخذ الوصي للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهل». ما نصه: منه أخذ شيخ الجماعة ابو مهدي عيسى بن هلال ان العامل في المغارسة اذا باع صاحب الارض حصته قبل ان يبلغ الغرس أنه لا ياخذ الآن بالشفعة حتى يبلغ الغرس فبلوغ الغرس كوضع الحمل وهو ماخذ حسن. (هـ).

قلت : المتبادر من كلامه أنه لا شريك لصاحب الارض الا العامل، ومثله في المعنى إذا كان له شريك ولكن يبقى النظر، هل يأخذ الشريك جميع الحظ المبيع بالشفعة، ثم إن تم عمل العامل دخل معه فأخذ بقدر ماله منها، وإن عجز بقي الجميع بيد آخذه أولا، أو لا ياخذ الشريك الا قدر ما له على تقدير تمام العمل، وينتظر ما يؤول اليه الأمر؟ الأمر الظاهر الاول، قياسا على الغائب، والله اعلم.

فرع : وأما عكس هذا وهو أن يبيع العامل، فإن كان البيع بعد تمام العمل، فلا إشكال في وجوب الشفعة لرب الارض ان كان وحده وله ولشركائه ان كان له شركاء كمسألة الإخوة المارة، وإن كان بيعه قبل تمام العمل فعلى ما لابن الحاج من انه لا يجوز له البيع، فظاهر انه لا شفعة. قال سيدي عبد القادر الفاسي في أجوبته : وبعدم صحة البيع تجري الاحكام هاهنا في فاس اليوم، وإذا لم يصح البيع لم تقع الشفعة، وعلى صحته تقع الشفعة فيه. (هـ). كذا جزم أولا بوقوع الشفعة على القول بصحة البيع، ثم ذكر بعد أنه يخرج فيها قولان : ولما ذكر ابن هلال في الدر النثير قول ابن رشد بجواز البيع، قال عقبه : ولما ذكر الشيخ — أي ابو الحسن رضي الله عنه — المسألة في كتاب امهات الاولاد من التقييد. قال انظر هل لرب الارض الشفعة، توقف فيها. (هـ).

قلت : وأما وجوب الشفعة له في المآل يعني اذا كمل العمل فيؤخذ مما قدمناه عن تكميل التقييد بالأحرى، وأما ابتداء فالظاهر انه يمكن من ذلك ان طلبه، لأن ملكه لما يشفع به محقق، واستحقاقه للجزء المبيع كذلك، لأنه ان تم العمل اخذه بالشفعة، وإن لم يتم اخذه بالاصالة، ولا ضرر على المشتري في ذلك، لأنه ان تم البيع بتمام المبيع استمر الاخذ وكانت العهدة عليه وإن فسخ، رد

للشريك ما أخذه منه، ورجع على المشتري بثمنه فلا وجه للتوقف. نعم، لو كان لرب الارض شريك وأراد الاخذ الآن كان للتوقف وجه، فتأمله بإنصاف، والله اعلم. (هـ).

قلت : قال المكناسي في المجالس : فإن كان في مسألة الورثة موصى لهم بثلث، وباع واحد منهم، لمن الشفعة ؟ هل لمن بقي منهم أو لمن بقي ولسائر الورثة ؟

قلت : قال ابن القاسم : هم كالعصبة، قال ابن رشد : يرى للورثة الدخول معهم. وقال أشهب عن ملك : شركاؤه في ذلك الثلث أحق بالشفعة فيما باع شريكهم. ووقع في أجوبة البرزلي أن الموصى له اذا باع ما أُوصي له به لا شفعة فيه للورثة، وكأنّ الميت باعه. قلت وهذا مخالف لنصوص الروايات، فانظره.

قلت : فإن تعدد المُسَاقي وتعدد صاحب الاصل فباع احد المساقي نصيبه من الثمرة، لمن تكون الشفعة ؟ هل لمن بقي من المساقي أو لهم ولأصحاب الاصل ؟ قلت : فعلى قول ابن القاسم : الشفعة لمن لم يبع من المساقي مع أصحاب الاصل على قدر سهامهم، وعلى قول أشهب : الشفعة لباقي المساقي خاصة، وضَبَط ذلك ابن عرفة على مذهب ابن القاسم. فقال : كل من له شركة في الثمرة فله الشفعة مُسَاقِياً، كان أو غيره. (هـ).

وقال أيضا في رجل مات وترك نصف دار، له شفيع، وصير الورثة نصف الدار المتروك للزوجة، فاراد الشريك الاخذ بالشفعة، فأفتى ابن أُملال بأن له الشفعة، لان نصف الدار انما صير على ملك الهالك، ووافقه المزكلدي على فتواه، إلا انه علله بتعليل آخر. وأفتى فيها القوري بأن لا شفعة للاجنبي، وأن المرأة تختص بجميع النصف المتروك وكأنها اشترت شيئا هي شفيعةٌ لبعضه، ونزلت بالطرطوشي العشار مسألة من هذا القبيل، وذلك أن اخاه هلك وَتركه عاصبا، وزوجته، ولها عليه صداق، وترك نصف مَصْرية ونصفها الآخر للزوجة، فطال الخصام إلى ان التزم العشار بما ينُوبه من الدين، على ان يبقيَ على ملك نصيبه من

المصرية، ثم بعد ذلك افتى القاضي بأن يباع النصف في الدين على ملك الهالك إذْ لا ميراث الا بعد أداء الدين، فإذا وجب البيع للمشتري اخذت بالشفعة لكونها شريكة بالنصف الآخر، وحكم لها القاضي بذلك وزعم أن ذلك في المدونة. قف على آخره. (هـ).

وسئل الفقيه المفتي في حينه أبو عبد الله سيدي محمد الهواري رحمه الله عمن أعطى أرضا بالمغارسة لرجل، ولصاحب الأرض شركاء غياب ومحاجير ورشداء حاضرون فيعتمد العامل الارض المذكورة بالغراسة على اعينهم حتى يبلغ الغرس امد الاطعام أو يقع القسم بينه وبين صاحب الارض الذي اعطاها له، أما المحجور والغائب فلا إشكال انهما على حقهما، وما الحكم في الحاضر الرشيد، فإنه قد زعم أن المغارسة جعالة لا يتم العقد فيها الا بتمام العمل والاطعام، فحينئذ يملك العامل نصف الارض بالمغارسة، وحين تم الآن الملك في جزء المغارسة للعامل أراد ان ياخذ بالشفعة مريده، لانه جزء اخذه عن عوض، فهل له سيدي، الشفعة بعد اعتمار الغارس على عينه سنين هذه المدة الى الاطعام، لانه الآن ملك الارض بعد تمام العمل، أم اعتمار العامل على عينه مبطل لحقه، أم لا شفعة في المغارسة اصلا ؟ بين لنا حكم الله في ذلك.

فأجاب : للشريك الأَخذُ بالشفعة، ولا يضره تصرف العامل على عينه قبل استحقاق الجزء الذي وقعت المغارسة عليه، وهو النصف، إذ لا يملكه الا بعد بلوغ الغرس، والمعاوضة فيه من باب الجعل لكونه لا يستحق الجزء الا بتمام العمل، وقد نص على انها كالجعل في كون العامل لا يستحق شيئا الا بعد تمام العمل. المتيطي. وقد نص ابن شاس على ان ما عدا الصدقة والهبة لغير الثواب، كله فيه الشفعة من سائر المعاوضات، كما نصوا ايضا على ان هبة الثواب لا شفعة فيها الا بعد دفع المثاب به،ز وإن طال الأمد، وعللوا ذلك بأنه لا يلزم الواهب أخذ ما دفع له بل هو مخير في أخذ شيئه أو اخذ القيمة، وحينئذ تجب الشفعة، إذ هي بيع كبيع الخيار، وقد علمت أن بيع الخيار لا تجب فيه الشفعة إلا بعد انصرام مدة الخيار، وأما قبلها، فالبيع غير لازم. فإذا تقرر لك هذا، علمت ان

معاوضة المغارسة إنما تتم بتمام العمل، فحينئذ تنعقد وتكون الشفعة، إذْ الاخذ بالشفعة انما يكون للشفيع بعد انبرام عقد المعاوضة، ولا انبرام للمعاوضة قبل تمام العمل، وليست من بَاب التبرعات، لما تقرر أنها شبيهة بالجعل كما حكيناه عن المتيطي، والسلام. (هـ). من نوازل الزياني.

وسئلت عن دار نصفها لِرجُليْن ورِثاه من والدهما. والنصف الاخر لجماعة أجنبيين، ثم مات احد الرجلين وخلف نصيبه لورثته، ثم باع ورثته لأجنبي فأراد عم الورثة الأخذ بالشفعة وحده، وأراد الجماعة ان يدخلوا معه فيها، بينوا لنا جزاكم المولى بأفضل الجزاء.

فأجبت : الحمد لله، لا شفعة للجماعة المذكورين بل يختص بها العم الا ان يسلمها فتكون لهم، لأن الورثة الذين باعوا بمنزلة موروثهم، وهو لو كان حيا وباع حظه لكان لهذا العم فيه الشفعة وحده دون الاجنبيين، لأنهما شريكان بالارث وهو مقدّم، لقول المختصر : «ثم الوارث ثم الاجنبي». وقال الزرقاني : من ماتت عن ثلاث بنات، فماتت احداهن عَنْ بنات وباعت إحدى الاخوات للميتة الاولى، فإن أولاد الميتة الثانية يدخلن على خالاتهن لتنزل بنات الابن منزلتها، وإذا باع واحد من أولاد الميتة الثانية لم تدخل في حصته واحدة من باقي الخالات لقوله : «وقدم مشاركه في السهم». (هـ). وقال في المدونة : قال مالك : لو ترك دارا بينه وبَيْنَ رجل آخر ـــ أي فمات ـــ وورثه عصبة فباع احدهم حصته قبل القسمة فبقيّتُهم أحق بالشفعة من الشريك الاجنبي، لانهم أهل مورث، فإن سلّموا فللشريك الاخذ. (هـ).

وفي الجواهر : إن باعت احدى الجدتين أو الاختين أو الزوْجتين شفعت الاخرى خاصة، فإن سلمت شفع بقية اهل السهام وَالعصبة، فإن سلموا شفع الاجانب. (هـ). فانظر قوله، فإن سلموا شفع الاجانب، فهو صريح في تأخير الاجنبي عن جميع الورثة. وفي المواق نقلا عن كتاب محمد وغيره : لو ترك الميت زوجات وجدات وإخوة لأم وعصبةً فباعت احدى الجدات أو باع بعض اهل السهام المفروضة نصيبه، فالشفعة لبقية أشراكه في ذلك السهم دون غيرهم، فإن

سلم بقية اهله كان بقية الورثة من اهل السهام والعصبة سواءً، فإن سلم جميع الورثة فالشركاء بعدهم. (هـ). وهكذا عند غير واحد، وفيما ذكر كفاية، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عما كتبه بعض القضاة في الماخوذ به، هل بما عقد أو بما نقد، فكان الكتب من البعض المذكور انه بما نقد، واستدل على ذلك بأدلة.

فكتب عليه الفقيه سيدي عبد الجليل البقال ما نصه :

الحمد لله، وفي ابن عرفة في باب الشفعة ما نصه : ما بيع بعين فدفع عنها عرْضٌ أو عكسه، فهل الشفعة فيه بِمَا دفع أو بما عقد ؟ ثالثها، هذا أحب للشيخ عن ابن عبد الحكم مع ابن عبدوس، ونقل محمد، وقوله : ورابعها لابن عبد الحكم بما عقد عليه، إلا ان يدفع ذهبا عن ورِق أو عكسه فيما دفع. وخامسها لابن عبدوس عن غير سحنون بالأقل منهما. (هـ). قال ابن رحال في شرحه متصلا به ما نصه : والمسألة ذكرها المتيطي ولم يرجح شيئا، والذي ذكره ابو الحسن أن مذهب ابن القاسم إنما هو لزوم ما عقد عليه، نَقله في باب النكاح، وذكره ابن فجلة وهو الذي يظهر ويدل عليه ظاهر المتن، وهو قوله بمثل الثمن ولم يقل بمثل المدفوع فافهم. ولذلك قال أبو عبد الله الفشتالي : إنما يكون الرجوع في الاستحقاق بما عقد عليه لا بما نقد، وكذلك في الشفعة، وليس عند الشيوخ في الكتاب ما يخالفه الا ما وقع في كتاب الاستحقاق من المدونة فيمن اشترى بدنانير فدفع دراهمَ ثم وقع استحقاق في المبيع، فإنه يرجع بما دفع، لأن رجوعه بما عقد يؤدي الى صرفٍ مستأخر. (هـ). محل الحاجة منه، ثم اطال في رد ذلك والرد على من تبعه بما فيه طول. وصححه المحقق ابو عبد الله الطيب بن صالح قائلا : وقد أشار ميارة في تكميل المنهاج الى المسألة :

وهل يراعَى ما عليه قد وقع — البيعُ أو لا وَيراعَى ما دفع
عليهما فيما به الرجوع في — البيع والاستحقاق شفعة تفي

قال : ونقل عليه في الشرح كلام الفشتالي في الشفعة، وأن ابن المواز استحب الاخذ بما عقد عليه، ولم يتعرض له الونشريسي في طرره في آخر فصل المعاوضات، إذ ذكر فيها ما نقل في الجواب اعلاه من ان الرجوع بالمعقود لا بالمنقود الى آخر كلامه في المسألة. وذكر في فصل الشفعة ما في ذلك من الخلاف، ونقل بآخره الجواب في مسألة الشعير عن ثمن الجارية التي في المعيار بعد نحو احد عشر كراسا من المعاوضات، ونحو ذلك الجواب، (أي من اعتبار الرجوع بما دفع) قول اللباب، الركن الرابع : المأخوذ ما دفعه. (هـ). وفي المعيار قبل ذلك جوابٌ، ظاهره أنه لأبي محمد بن عبد الكريم : إذا عقد على دراهم ودفع حيوانا أو طعاما أو عروضا ففسخ البيع يُرُّد قيمة ما قبضه يومئذ حيث فات. (هـ). ولكن قول ابن القاسم واستحبه ابن المواز، مرجح، وما أبداه المجيب سدده الله في رد ما احتج به الحاكم من انتهاجه غير المطلوب ظاهر، والاستثناء من كلام ابن عبد الحكم، بِهِ فارقَ قولَ ابن القاسم الذي استحبه ابن المواز، ووافق قوله في اسحقاق المدونة : الواجبُ أخذ ما عقد عليه.

فأجاب : ليس عندي غير ما كتباه وهو جامع مانع فقها وفهما، يجب اقتفاؤه واتّباعه فتيا وحكما من جديد وقديم. (هـ).

وسئل أيضا عمن أخذ بالشفعة سرا أو أشهد خفية أنه باق عليها.

فأجاب : إنَّ في الاخذ المذكور خلافا واضطرابا مذكورا في شفاء الغليل وفي نظم ما به عمل فاس وشرحه وشرْحِ أبي علي وغيرهم. وعلى انه لاّ ينفعه الاخذ، سِراًّ الفشتالي في وثائقه والونشريسي في طرره قائلا وهو مَحْكِيٌّ عن ابن القاسم : وان بعض الشيوخ قال : وقعتْ فحكم فيها بهذا، ثم ذكر حكاية ابن عرفة كما ذكرها القلشاني وغيره. وقال شيخنا المحصل بناني في حواشيه ما نصه : ورأيت بخط المسناوي ان ما لابن عبد السلام من اشتراط حضور المشتري هو الذي جرى به العمل بفاس نَقلَ ذلك عن شِيخه القاضي ابي عبد الله العربي بردلة خلافا لما في العمليات. (هـ). وكذا رأى القاضي العميري ذلك حسبما في

شرحه على ما به عمل فاس عقب قول الناظم في شرحه : لم نزل نسمع ان العمل بفاس على أن الشفعة سرا عاملة. فهذا عمل جديد يجب اقتفاؤه، ولم يقف عليه أبو علي فرجح مقابله، وأما الاشهاد خفية اذا سكت حتى جاوز الامد المسقط حقّ الحاضر ثم قام فإنه لا ينفعه هذا الاشهاد كما لابي عمران العبدوسي عن أحكام الدبوسي كما لابن غازي، وعنه نقله الأبَّار وغيره. قال أبو علي : لعله لكونه لا سبب يمنع صاحبه من القيام وإلا لو كان مانع لكفاه الإشهاد كما ذكره اصبغ في المريض. (هـ).

قلت : ونحوه قوْل الشيخ الرهوني بعد كلام ما نصه : ما قاله ابن عبد السلام هو الحق الذي لا محيد عنه لا ما قاله ابن عرفة، وقول العمل الفاسي :

والاخذ بالشفعة سراً ينفع   به قضاة الوقت قالوا أجمع

لا عمل عليه، لانه منسوخ بالعمل المنقولِ عمن ذكرنا، والله اعلم، وانظر حاشيتنا على التحفة.

وسئل الحائِكُ أيضا رحمه الله عن الشفعة في حَجَر الرحى.

فأجاب : في ذلك ثلاثة اقوال كما عند ابن عرفة : وغيره، ونص ابن عرفة في نفي الشفعة فيها أي أحجار الرحى، ثالثها في حجرها الاعلى، لها ولاشهب مع ابن القاسم. وقال ابن ناجي على قول المدونة : «وليس في رحى الماء شفعة وليست من البناء، وهي كحجر مُلْقىً ولو بيعت معها الارض أو البيت الذي تنصب فيه، ففيه الشفعة دون الرحى بحصة ذلك، وسواء جرها الماء أو الدابة. الى آخره»، ما نصه : ما ذكره هو المشهور، وروى ابن وهب أن فيها الشفعة، وبه قال ابن القاسم وأشهب وعبد الملك وابن المواز. وظاهر الكتاب لا فرق بين الأعلى والاسفل، وهو كذلك في تأويل الأكثر. وقال ابو الحسن : قوله وليس في رحى الماء...الخ، عياض : يعني المبنية ولا في موضعها من الارض، إذ هو في حكم التبع لها. قال أبو إسحاق : وسواء هنا العليا والسفلى، هذا اذا بيعتْ مفردة على هذا التأويل، وأما الحجَر الملقى غير المبني فلا إشكال انه لا شفعة فيه ولا خلاف، وأما

التي بيعت مع بيتها وأرضها، فقال ايضا : لا شفعة في الرحى ويشفع في الارض والبيت، وقيل : معنى ذلك في العليا، واما السفلى فداخلة في البناء في جملة الارض المشفوعة. (هـ).

وسئل أيضا عمن اشترى شقصا، له شفيع بثمن كان الريال فيه بكذا والبندقي بكذا، ثم رجعا لِما كانا عليه قبل، وكان الشراء بسكة التاريخ، وكانت متعددة متحدة الرواج فقام عليه الشفيع وأراد أخذ الشفعة بما كانا عليه وقت الشراء لا بما دَفع.

فأجاب : الذي لأبي الحسن في كتاب النكاح ترجيحُ لزوم الشفيع ما عقد عليه لا ما نقد، وهو قول ابن القاسم. قال أبو علي في شرحه : هذا هو الظاهر، ويدل عليه ظاهر قول المتن بمثل الثمنَ، لان الثمن إنما هو المعقود عليه ولم يقل بمثل المدفوع، ولذا قال الفشتالي : إنما يكون الرجوع في الاستحقاق بما عقد عليه لا بما نقد، وكذا في الشفعة، وليس عند الشيوخ في الكتاب ما يخالفه. ونقله شيخنا بناني عنه وتبعه عليه، والمسألة فيها أقوال مذكورة في الحطاب وغيره عن ابن عرفة. (هـ).

وسئل أيضا عَنْ امرأة قامتْ تطلب الشفعة بعد ما يزيد على العشرين سنة، مدعية انها غير عالمة ببيع زوجها حظه، ولم يتبين لها ذلك الا بعد مخاصمته، فأفتى غيره بأنها على شفعتها اذا حلفت.

فأجاب : إنه صحيح مذكور في نهاية المتيطي عن فضْل، عن غير واحد من الموثقين. قال المتيطي : وهو ظاهر المذهب. وقال غيره : هو قول ابن القاسم الذي به الفتوى وهو المشهور، وعليه درج في المختصر، ثم ذكر المتيطي ما ملخصه أنه اذا قامت قرينة على علمه أنه يعمل على ذلك كرؤية المبتاع يحرث الارض ويُصلْح شيئا من الدار، اشار له ابن عات في طرره قائلا : وكذلك المرأة ان كانت ممن تخرج وتبيّن كذبها، ومثلها لا يخفى عليها. (هـ). ونحوه في الدر النثير عن ابن بطال عن ابن مُزَيّن عن عيسى، وفي المفيد عن كتاب ابن مزين : إن تصديق الشفيع في نفي علمه بالبيع مقيد بما اذا لم يجيء بما لا يشك معه في كذبه. وقول ابن القاسم لا يخالف هذا كما في شرح نظم العمل المطْلَق. (هـ).

وسئل أيضا عن امرأة وارثة بفرض، شفَعَ من عَصَب معها، فقامت تزعم انها لا علم لها بشفعتِهِ، فأقام المشتري بينة انها عالمة بتصرفه فيما شفع بالحرث مدة من ثمان سنين.

فأجاب : الذي في المتيطي، ونحوُهُ في الدر النثير، أنها اذا قامت قرينة على علمه (اي الشفيع) انه يُعمَلُ على ذلك كرؤية المبتاع يحرث الارض الى آخر ما تقدم.

وسئل أيضا عن اختلاف الشفيع والمشتري في الاشاعة.

فأجاب : إنه يجب على المبتاع إثبات انه اشترى مقسوما، وهي رواية ابن القاسم، وعليها عول اللخمي وغيره. ابن رشد. إنما هذا اذا علم ان الارض كانت مشترَكَة بين البائع والشفيع ببينة على ذلك أو بإقرار البائع قبل البيع، وأما بعده فلا يقبل على المشتري إلا انه شاهد للشفيع يحلف معه ان كان عدلا، إلا ان ياتي المشتري ببينة أن البائع قاسَمَ الشفيع قبل البيع (هـ). والمسألة مذكورة في الدر النثير وفي طررالونشريسي بأوسع من هذا. (هـ).

وسئلت عن رجل اشترى بلادا فقامت عليه امرأة تطلب الشفعة من يده لكونها شريكة فيها، فادعى بالحوز والمِلك وأنها لا شركة لها، فأثبت الشركة فيها، فادعى أنها قاسمت البائع الذي باع له، فكلف بإثبات القسمة التي ادعاها فعجز، ثم اتى بشهادة عدلين أنها علمت بالشراء وسكتت حتى مضى لذلك نحو العامين ولا مانع لها.

فأجبت : الحمد لله، حيث انتقل المدعى عليه من دعوى الى أخرى، وتكرر ذلك منه فيجب الحكم عليه بما تقتضيه الشريعة، ولا معنى لتقييد المقال سوى انحصار الدعوى فيه، وأن الخصم اذا زاد أو نقص وانتقل بطلت دعواه، وهذا الخصم هنا نفى شركة المرأة أولا، ثم لما اثبتتها انتقل الى دعوى المقاسمة ثانيا، ثم لما كلف بإثباتها وعجز، انتقل الى الشراء بحضرتها وسكوتها نحو العامين ثالثا. فلا تسمع دعواه لوجوه؛

أوَّلُهَا أن انتقاله من دعوى لاخرى ولو مرة، يوجب بطلان قوله، فأحرى حيث تكرر الانتقال. ففي نوازل العلمي ما نصه : وجدت بخط بعضهم ناقلا عن التوضيح : إذا انتقل الخصم من دعوى الى اخرى تُبَايِنها سقطت دعويَاهُ معا. (هـ). وفيها ايضا عن ابن عرضون : الرسم الثاني مستراب، لانه انتقال من دعوى لاخرى، ولو أبيح الانتقال من دعوى لدعوى لما انقطعت حجة الملدِّين ولم يُعْدَم تشاجر بين المؤمنين، فنقْضُ الحكم المذكور متعين.

ثانيها أن نفيه للشركة في تقييد المقال مبطل لدعواه القسمة ثانيا : إذ هي فرع عن ثبوت الشركة، ومكذب للبينة التي استظهر بها ثالثا، الشاهدةِ بأنَّ المرأة كانت حاضرة للبيع وأنها طلبت بأخذ الشفعة المرة بعد المرة، فامتنعت، فهذه البنية على تقدير صحتها لا تفيده، لأن طلبها بالاخذ بالشفعة فرع عن كونِها شريكة وانه اشترى جزءا مشاعا في شركتها وهو قد كذب ذلك بنفي الشركة وبادعاء المقاسمة.

ثالثها ان هذه البينة التي استظهر بها لا تفيد شيئا لانها مسترابة. ففي نوازل العلمي نقلا عن سيدي احمد البعل ما نصه : الرسم الثاني الذي اخرجه بعد اعطاء النسخة من آخر، مسترابٌ، وكل مستراب لا يعمل به. وأجاب عقبه ابن عرضون : وعلى ما كان في الرسم الاول ينبني الحكم، والرسم الثاني لا عمل عليه. (هـ). والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل الحائك ايضا عن دار قسمت دون منافعها، فباع احدهم حصته المقسومة مع واجبه في المنافع، فقام الشفيع بطلب الشفعة.

فأجاب : أن لَا شُفْعَةَ كما افاده المتن وغيره، ونص عليه اللخمي كما في التاج، ونصه : اللخمي : إن قسمت بيوت الدار دون مرافقها من ساحة وطريق وبئر ومَاجَلٍ، ثم باع أحدهم حظه من بيوتها بمرافقها التي لم تقسم، لم يستشفع فيما قسم بالشركة فيما لم يقسم، ولا يستشفع في الساحة والطريق والبئر والماجل لاجل بقاء الشركة فيها، لأنها من منفعة ما قسم ومصلحتِه. (هـ).

قلت : هذه هي قول العمل الفاسي :

وكالطريق، الحائطُ المشترك ما بين دارين، الشفيع يترك

وسئلت عمن اشترى دارا كاملة مع نصف خربة شائعة متصلة بها، هل فيها شفعة أم لا. فأفتى بعض اهل العصر بالشفعة فيها، أي الخربة بالقيمة، عملا بقول المختصر : «وبما يخصه إن صاحَبَ غيره».

وأجبت بأن المشتري قال : إن الخربة المذكورة مُعَدَّة لقضاء حاجة الدار المذكورة فيها، وأن الدار لا غنى لها عنها، إذ ليس فيها محل لقضاء الحاجة، وعليه فإن صح ما قاله فلا شفعة فيها، إذ هي تابعة لما لا شفعة فيه وهي الدار كما علل به الزرقاني عدم الشفعة في عرصة الدار وفي الطريق بأنهما لما كانا تابعين لما لا شفعة فيه لم يكن للشريك فيهما شفعة. (هـ). ونظم ذلك أبو زيد الفاسي في عملياته فقال :

وكالطريق الحائط المشترك ما بين دارين الشفيع يترك

أي الحائط يكون بين دارين لرجلين وَهُوَ (أي الحائط فقط) مشترك بينهما فباع أحدهما داره بحقوقها، فدخل نصف الحائط في الشراء فلا شفعة فيه لذي الدار، كما انه لا شفعة في الطريق أيْ الممر اذا قسم متبُوعُهُ، فهذه الصورة داخلة تحت الكاف بجامع التبعية في كل منهما، بل قد يقال : الخربة هنا هي العرصة في كلام الزرقاني وغيره، لأنهم فسروها بالبقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، وإن كان التسولي زعم ان العمل على الشفعة في التابع اذا بيع وحده، لكنه غير معتبر، لانه استدل بقول المختصر، «وفيها الاطلاق»، وعمل به وبكلام العمل المطلق، وذاك كله خلاف عمل فاس الذي يتعين المصير اليه، ولأن ما استدل به لا يفيد ما زعمه، لأن موضوعه اذا لم يكن تبعا لِمَا لا شفعة فيه، والله اعلم، وقيده المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل الشيخ التاودي عن قوم استشفعوا أصْلا من زيتون وهو مؤبّر، ولكن لم يبلغ الصبغ ولا الإسوداد، فهل الغلة تكون للشفيع. لان المعتبر في الشفعة

والاستحقاق اليبس في غير الزيتون، وفي الزيتون الصبغُ والاسوداد، وحين اخذ من يدهم لم يكن فيه صبغ ولا قرب منه، أو تكون الغلة للماخوذ من ايديهم.؟

فأجاب : الحمد لله، الجواب، والله الموفق للصواب : قال اللخمي في تبصرته ما نصه : إن باع احد الشريكين نصيبه من الحائط بثماره قبل الطيب أو بعده أو باع نصيبه من الثمار بانفرادها بعد زهوها كانت الشفعة في الجميع، إلا إن بيعت مع الاصل لم يَستشفع الا الجميع أو يترك، وليس له أن يشفع الاصل دون الثمرة أو الثمرة دون الاصل. (هـ). وهو نص في النازلة، وقد أخذ الشفيع بشفعته عند البيع فتكون له في الجميع، ولا يدخلها ما حكاه من الخلاف في المختصر، والله أعلم. (هـ).

وسئل أيضا عن رجل مشترك مع ابن خاله في رَبْع، ثم إنه اشترى من ابن خاله المذكور نصيبه في الربْع المذكور وقام شريك لهما يطلب الشفعة، هل له ذلك أم لا؟ والفرض أن هذا الغارم حاضر ساكت ما يزيد على العشرين سنة، لكن ادعى عدم العلم بالبيع المذكور، هل تسمع دعواه بعد المدة المذكورة.؟

فأجاب : الحمد لله، الجوابُ أن المشتريَ من ابن خاله ان كان الملك حصل لهما من وراثة واحدة كالجد، وكان الاجنبي المذكور شريكا لِجدهما أو صار له ممن كان شريكا للجد، فلا شفعة له، لأنه لو اشترى هذا الاجنبي من ابن الخال لأخذ منه شريك البائع في الوراثة بالشفعة، فإذا كان هذا المشتري لم ياخذ من يده إلا من كان في رتبته ويترك له حصته كما في المختصر وغيره، فإذا لم يساوه أحد اختص بما اشترى لما ذكر من تقدمه على الاجنبي. وأما كون الشفيع لا يسقط حقه بطول المدة كالعشرين سنة مع حضوره وادعائه عدم العلم فهذا مما اختلف فيه. ففي الجواهر ما نصه : قال ابن عبد الحكم : وإذا قال الشفيع : لم أعلم بالبيع، وهو بالبلد، فهو مصدق ولو بعد اربع سنين. مُحَمَّدٌ : وإن الاربع لكثيرة ولا يصدق في اكثر منها. وقاله لي ابن عبد الحكم. (هـ).

وقال المتيطي : وأما الحاضر الذي لا يَعلَم بالابتياع فلا تنقطع شفعته الا بعد عام من علمه، فإن قام بعد مدة طويلة يطلب شفعته، وقال لم اعلم بالبيع فإنه يقبل مع يمينه الا ان يثبت عليه أنه علم بذلك. (هـ). وهذا ظَاهر المتن، اذ قال : وصُدِّق إن أنكَر عِلْمَه. وقال في التوضيح : ولو انكر الشفيع العلم وهو حاضر. فقال أبو الحسن عن ابن القاسم وأشهب : إنه يُصَدق وان طال، لأن الأصل عدم العلم. المتيطي : وهو ظاهر المذهب، وقاله غير واحد من الموثقين، ويحلف على ذلك، ثم ذكر قول ابن المواز وابن عبد الحكم. (هـ). والله اعلم.

وسئل أيضا عمن باع حظوظا له في مواضع صفقة على من شاركَه الذين مِن جملتهم وصي ومحجورانِ له، فأخذ الوصي لنفسه بالشفعة ولم ياخذ لمحجوريه لكونهما لا مال لهما اذ ذاك ووافقه الحاكم على ذلك، ثم مضت لذلك سنون ومات الوصي وترك أيْتاماً له ثم رشد بعضُ المحجورين وأراد ان ياخذ من يد أولاد وصيه بالشفعة زاعما انه اكتسب مالا وينقض ما فعله وصيه والحاكم، هل له ما أراد أم لا.

فأجاب : الحمد لله وحده. ما فعله الوصي من إسقاط شفعة المحجورين في الحظوظ المذكورة لكونهما لا مال لهما حين الشراءِ ووجوب الشفعة، صحيح لازم سيـــما مع الرفع للقاضي وإمضائه، ولو باع الوصي نصيبَ محجوره لحاجة أو غيرهما مما يباع وكان هَوَ شريكَه لكان له ان يشفع مع الرفع للحاكم كما قاله اللخمي. وفي المتن : وشفع لنفسه أو ليتيم آخر، فلو طرأ للمحجور مالٌ بعد مضي السنة لم تكن له شفعة على المنصوص والمعمول به عند المتقدمين والمتأخرين. قال المكناسي في مجالسه : قال اللخمي في كتاب الخلع : المال المعتبر للمهمَل والغائِب والمريض في الشُّفعةِ انما يعتبر يوم البيع لا يوم القيام بالشفعة، فإن ثبت أن له مالا أو اكتسبه داخل السنة التي وقع فيها البيع كانت له، وإلا فلا شفعة له. (هـ).

وقال اليزناسني في شرح التحفة : قال اللخمي : اذا بلغ الصبي الذي ليس له من ياخذ بالشفعة، فإن كان مَليا حين كان له الاخذ بالشفعة أن لو كان

آخذاً بها فإنه على شفعتِهِ إذا بلغ، وان بلغ غنما. وانما ينظر حين البيع الذي له الأخذ بالشفعة. (هـ). ومثله لأبي محمد صالح في شرح الرسالة بلفظه. ولابن رشد في التخيير والتمليك في خلع السفيهة أن المشهور اعتبار يوم النظر لا يوم الوقوع. قال في المعيار : وهو غريب، وَصُدِّق، وفي شرح المختصر للشيخ ابن رحال رحمه الله : إن عمل اهل فاس على ما قاله اللخمي لا على ما قاله الزياتي عن الشيخ العربي الفاسي، على ان ما قاله الزياتي ليس بصريح فيما نسبه للشيخ المذكور، ونص ما لسيدي العربي الفاسي : ومسألة الأيتام ان لم يكن لهم مال يوم وجوب الشفعة وأرادوا بعد مضي مدتها الاخذَ، هل لهم ذلك أم لا،؟ معلوم ما فيها من الخلاف، وأصله اللخمي وابن رشد، وكان العمل جرى بوجوب الشفعة لهم، بناءً على ان المعتبر يومُ النظر في ذلك، ويوم النظر لهم مال فيشفعون. (هـ). إذ قوله وكان يَحْتَمِلُ أن يكون بالهمزة وتشديد النون فهو لم يَجْزِم به، اذ هي في مثل ذلك للظّن. ويحتمل أنها كان بلفظ الماضي الذي هو للزمان المنقطع الذي قبل زمان الشيخ رحمه الله، فلا ينافي ما ذكر من ان عمل اهل فاس على ما للخمي في زمنه وبعده، وهذا كله كما ترى في المهمل الذي لم يسقط شفعته وصي ولا حاكم. ولا يخفى ان الامر هنا اقوى. قال اللخمي : وإذا وجبت الشفعة للصغير كان الامر فيها لوليه من اب أو وصي أو حاكم من اخذ أو ترك، فإن رشد الصبي لم يكن له اخذ ما ترك ولا ترك ما اخذ، إلا ان يتبيَّنَ أن الاخذ حينئذ لم يكن من حسن النظر لغلائه، أو لانه قصد بالترك محاباة من كان اشترى منه، فللصّبِي اذا رشد، نقض ذلك واختلف اذا لم ياخذ بالشفعة، وكان الاخذ احظى، فقال مالك في كتاب محمد : إذا علم من الوصي أنه ضيع أو فرط في ذلك وأن امرَه فيه كان على غير حسن نظر، ومضى البيع خمس سنين فلا شفعة له، وكأنه رأى أن أخذ الشفعة بمنزلة الاشتراء ابتداء وليس بمجبر على ذلك. (هـ) من تبصرته، فقف على إطلاقه في قيام المحجور في الاخذ وتقييده في القيام بالترك بما ذكره الامام رحمه الله من عدم الطول وان لا يمضي خمس سنين. وقوله أو لا : واختلف، لم يذكر له

مقابلا، وفي المدونة : ولو سلَّمَ مَنْ ذكرنا من اب أو وصي أو سلطان شفعةَ الصبي لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر. قال ابن فتوح : ظاهر الكتابِ، سواء كان الاخذ نظرا أو لا، وبه قال ابو عمران. وسبب الخلاف، هل الشفعة الشفعة استحقاق أو بمنزلة الشراء. (هـ). وبالجملة، فإهمال حقوق الايتام في أصول ورثوها عن والدهم الآخِذِ بالشفعة حيث لا مال لغيره ليس بأهونَ من حق من قام يطالب بها مع ما ذكر من ظاهر المدونة. وقول مالك في الموازية وغيره : فليتَّقِ الله من نظر في المسألة، والله سبحانه أعلم.

وأجاب الشيخ سيدي عبد القادر الفاسي عن نحو المسألة بما نصه :

إن المال المعتبر في الشفعة للغائب والمولّى عليه، ان يكون حاضرا يوم البيع لا يوم القيام، فالمسؤول عنهم في القضية المذكورة إن لم يكن لهم مال حين البيع لم تكن لهم شفعة. (هـ). ومثله للشيخ ميارة، ونظمه فقال :

وشرط من يشفع بعد العام كغائب ومهمَل الايتام
كونه ذا مال بيوم البيع أو ملك في عام لذا البيع رووا. (هـ)

يشير الى ما قدمناه عن اللخمي، فالطمع في غير هذا مع إجماع من ذكرنا من الأئمة مما لا معنى له، والله اعلم. وكتب العبد المذكور اعلاه. (هـ). ووجد بخط الشيخ ميارة ناقلا من خط العلامة القاضي سيدي ابراهيم الجلالي ما نصه : سيدي، جوابكم في وصي أب على محجورتين له معهما شرك في أصل باع نصيبه من ذلك لإشراك اجانب، وأسقط الشفعة الواجبة لمحجورتيه على المشتري، ثم مات الوصي البائع وترك البنتين مهملتين، فقدم القاضي عليهما زوج إحداهما، فقام الزوج المقدم من قِبَل القاضي في شأن الشفعة التي كانت وجبت للمحجورتين وأسقطها وصيهما، مدعيا أنَّ إسقاطها كان غير نظرٍ في حقهما، فحكم القاضي المقدم له بصحة الإسقاط من غير ان يطالبه، بِكَوْنِ الاسقاط كان نظرا ام لا، ثم بعد مدة من حكم القاضي توفي رحمه الله وَقام المقدم المذكور يطلب الشفعة الموصوفة، مدعيا ان حكم القاضي عليه بالاسقاط مردود لمخالفته للمشهور، ولانه

كان عدواً له، فهل يفسح حكم القاضي المذكور وتثبت لهما الشفعة ام لا ؟ جوابا شافيا.

الجواب : إن الشفعة المدعاة لا كلام للقائم فيها الآن ولا تسمع لوجوهٍ.

أمّا أولا فلإسقاط الوصي لها عند وجوبها لهما، وله ذلك على ما جرت به الاحكام عند القضاة والحكام فيما تقدم عند العلماء الاعلام، بل حتى في سكوت الاب والوصي عنها من غير إسقاط مع علمهما بوجوبها لمن الى نظرهما، عمَلا بمقتضى ظاهر المدونة وَكلام اللخمي في ذلك. سمعت ذلك مشافهة من آخر فقهاء القضاة بفاس شيخنا سيدي عبد الواحد الحميدي بمجلس درسه عند قول خليل «أو أسقط وصيٌّ ابٍ بلا نظر...الخ، وقال : العمل على الاسقاط عامل، وبه جرى عمل الموثقين.

ثم وقعت النازلة بعد موته في حياة شيخنا سيد عبد العزيز الفلالي، وتكلمت معه فيها وقلت له كيف العمل في قول خليل «أو اسقط» ؟ فقال لي : العمل على خلافه، وهكذا جرت الاحكام عندنا. هذا لفظهما الذي سمعته منهما وقيدته عنهما كذلك. وأما ما أشار اليه من نص المدونة واللخمي فقد نقلهما المواق في شرحه للمحل ولا يخفى عليك، وكأنَّ المتأخِرينَ تقوى عندهم أن الشفعة انشاء زيادة ملك للمحجور ولا يجب على الوصي ذلك، فجرت أحكامهم بذلك. وأما ثانيا فهذا حيث لم يقع حكم بإعمال الإسقاط. أما مع وقوعه كما بالسؤال فلا يبقى خلاف في المسألة، لا سيما مع كون القول المحكوم به في المسألة كما سمعتم.

وأما ما يَدَّعيهِ القائم من عداوة القاضي فمما لا يسمع منه مع رفعه المسألة اليه وقيامه عنده فيها وتوجه الطلب منه لها عنده، أما لو رفع اليه مطلوبا لربما قيل ما قيل. أما حيث كان المطالِبَ، فقد سلّم أن لا عداوة بينه وبينه، على انه انما حكم عليه بالمنصوص الجاري به العمل، فلا وهم في حكمه ولا حيف ولا حكم على صديق أو عدو، وعلى انه لا عداوة بين القاضي والمحجورة الموصوفة ولم يدع القائم

العداوة إلا معه، ولا حقَّ له، والمعتبر العداوة في الماضي أو الحال لا عداوة المآل، أي المستقبل. والمسألة شهيرة الكلام بين من تقدم من الحكام، فحكم القاضي المذكور بالإسقاط لا يُتعقب، فضلا عن ان يفسخ أو يرد. والله يرشدنا الى الصواب بمنه ويوفقنا إلى الحق واتباعه. (هـ).

الحمد لله، ووجد بخط الشيخ ميارة ناقلا من خط العلامة القاضي سيدي ابراهيم الجلالي أنه إذا مات الشفيع فكان البائع هو وارثه أنه يتزل منزلته في الاخذ بالشفعة ان شاء، ففي المقنع في الأحكام للشيخ الأَوْحَدِ أبي سليمان ابن محمد ابن بطال البطليوسي ما نصه : باب ميراث الشفعة عن الشفيع وعليه دَين أولا دَين عليه، والشفيع يرثه البائع. في المستخرجة في سماع ابي زيد من ابن القاسم في رجل باع شقصا، له شفيع، فلم يقم حتى مات فورثه البائع، فللبائع أن يقوم بها. وقاله أشهب. (هـ) بلفظه. وفي سماع سحنون من كتاب الغصب ما نصه : وقال ابن القاسم في الدار بين رجلين يبيعها احدهما كلها ثم يموت الآخر، وهذا وارثه فينزْلُ منزلته بالميراث في ان له ان ياخذ نصف الدار بالاستحقاق فينقض فيه البيع ويؤدي ثمنه الى المبتاع وياخذ النصف الثاني بالشفعة، وان اراد ان ياخذ النصف بالاستحقاق ويترك الاخذ بالشفعة كان ذلك له، وإن اراد أن يُمضِي البيع ويترك الدار كلها للمشتري كان ذلك له، وبالله التوفيق. (هـ).

وسئل ابن ابراهيم عمن اشترى حظا من جلسة حانوت لجانب حبس في شركة الغير والحبس، ومضى من امد الشراء نحو من خمسة اشهر ثم قام الغير من شركاء الجلسة وأراد نقض البيع وامتنَعَ من شركة الحبس زاعما ان عليه ضررا في شركته، فهل سيدي لا مقال له فيما ادعاه لكونه لا ضرر عليه في شركته ولكونه مشاركا للحبس من قبل، بينوا لنا ما لديكم مأجورين، والسلام.

فأجاب : الحمد لله، الجواب انه لا مقال للشريك المذكور في بيع شريكه نصيبه في الجلسة لجانب الحبس ولا شفعة له في ذلك لو لم يكن مشتركا مع الحبس قبله، فما بالك والحُبُسُ سابق في الجلسة المذكورة والله اعلم.

وبعده، الحمد لله ما اجيب به أعلاه من انه لا مقال للشريك في بيع شريكه نصيبه في الجلسة لجانب الحبس صحيح، اذْ المنع من ذلك في الاصول انما كان لاجل معنى اختصت به، لا يوجد في الجلسة، فلا وجه للمنع فيها، والله اعلم. وكتب محمد بن عمر الزروالي.(هـ).

وسئل الفقيه الفرضي أبو الفضل عبد الوهاب الفاسي عن مسألة، فيها طول، ملخصها أن ورثة اقتسموا متخلف موروثهم وهم فرق فباعت أخت من هؤلاء الفرق حظها من ارض لأخت لها وبنتْ المبتاعة فيما اشترته دارا، والآن قامت عليها ابنة اخيها في الشفعة ومن جملة ما كان بين الورثة المذكورين ايضا دار خربة، فما الحكم إذا دعا احدهم الى بيعها، ومن كان منهم له حظ في ارض هي وسط املاك اصحابه، فهل له ان يبني فيها ام لا؟

فأجاب : ان ما اشترته الاخت من اختها هي احق به، ولا شفعة للبنت لان الاخت لو باعت حظها من اجنبي كانت اختها احق بالشفعة من غيرها لانهما اهل سهم واحد كما هو معلوم، فيكون ما اشترته لنفسها من اول الامر أولى وأحرى، وللبنت غلة ما بنت فيه الاخت وللاخت قيمة بنائها قائما، والدار الخربة اذا دعا احد الورثة الى بيعها حكم له بذلك، أو تقوّم بين الورثة وياخذها من ارادها بالقيمة وياخذ من عداه ثمنها على قدر حظه ولا تمنع الاخت من بناء الدار في حظها. قال ابن سلمون : ومن له عرصَةٌ أو موضع بوسط ارض لقوم، ثم نقل كلامه الى قوله مثل التي كانت له في السُّعَةِ، والله أعلم. (هـ). من خط الزياتي من نوازله.

وسئل القاضي أبو عبد الله محمد بن عبد الوهاب الشريف عن محجور أراد ان ياخذ بالشفعة بعد زوال حجره.

فأجاب : المحجور الذي لا مال له وقت البيع، مذهب اللخمي انه لا شفعة له وان بلغ غنيا، وقال غيره : يُنظَر إن كان الاخذ اصلح له قضي له بها وإلا فلا، وكان من تقدمنا يعتمد قول اللخمي، والله اعلم. (هـ).

وسئل مفتي فاس عن رسمي وصية وبيع، مضمّنُ رسم الوصية أن رجلا لما حضرته الوفاة أوصى ابنا له على أولاده الباقين، وهما ذكران وانثى ر/وض له في ذلك ولم يستثن عليه فصلا من الفصول حتى بيع الاصول، ثم ان هدا الوصي باع لرجل فدانا عن نفسه وعن اخوته الموصى عليهم صفقة واحدة، وأقام ذلك الفدان بيد المشتري نحو اربعة عشر شهرا، ثم إن الوصي المذكور قام عليه بالشفعة لاخ لم يصرح باسمه في رسم الشراء، لأنه قال في الرسم : انه قال باع عن نفسه وعن اخيه فلان وأخته فلانة، وأغفل ذلك الاخ، فلذلك قام الآن بالشفعة له، فهل يصح قيامه له أم لا؟

فأجاب : حيث مضى اكثر من النسة والوصيُّ حاضر وهو البائع فلا شفعة لسكوت الوصي عن الاخذ بالشفعة لمحجورة داخل السنة، وأما المحجور فإن كانت المصلحة له في بقاء حظه من المبيع، وهو غير محتاج فيبقى على حظه ويرد الوصي واجِبَهُ من الثمن، والله اعلم. (هـ). من نوازل الزياتي.

وسئل أبو زيد سيدي عبد الرحمن الحائك عمن أخذ من يده الشفعة، وبعد طول زمان ظهر الحظ المشفوع بيد غير شافعه.

فأجاب : أنه إن باعَ عن بعد فلا يضره ذلك، وعن قرب، فذلك دليل إنه شفع لغيره. ذكره فى نوازل الشفعة من المعيار. وذكره غيره. قاله ابو علي في شرحه.

وسئل عن ذلك الشيخ ميارة.

فاجاب : اذا باع بالقرب الشفيعُ الشيء المشفوع فان الشخص المشفوع يُرَد لربه، نص عليه في المعيار في عدة نظائر. هـ. وهو الحق، وبه تقيّدَ كلامُ من أطلق انه لا يبيع. هـ.

قلت : قال الزرقاني : وإن شفع ليبيع فقولان : قال الرهوني : ظاهره انهما متساويان وليس كذلك، بل المذهب أنه ليس له ذلك، ولذلك جزم بها ابن عاشر، فقال : من هذا المعنى أن يشفعَ ليبيع فإن شفعته تبطل ولا اخذ له، وقد

نص المتيطي على هذه المسائل، وفي المدونة على بعضها، وقيد المتيطي مسألة الأرباح التي في المدونة والمختصر بأن يعلم ذلك ببينة. قال أشهب : وكذلك إذا ثبت ذلك بإقْرَارِ الشفيع والمبتاع لا بإقرار من احدهما، وقد عورض، كما في التنبيهات، مسألةُ من اخذ ليبيع بمسألة المديان له الاخذ بالشفعة فيباع لغرمائه. قال : ولذا استحسن اشهب أن لا شفعة له. (هـ). ثم نقل نصوصا شاهدة على ما قاله، من جملتها جواب الشيخ ميارة المذكور في فتوى الحائك، ثم قال : لم يتعرض الشيخُ ميارة في جوابه السابق لحد القرب الذي ذكره، ولا الشريف العلمي، ولا غيره ممن وقفتُ عليه، غير اني وجدت بخط الفقيه العلامة المشارك ابي عبد الله سيدي محمد الشاهد رحمه الله ما نصه : رأيت فتيا لبعض الائمةِ وأظنه سيدي يحيى السراج أنه لا يبيع الا بعد مضي ستة أشهر. (هـ).

قلت : ولا يبعد أن يجري في ذلك القولان المذكوران أي عند قول المختصر في الحِجْر : وليس لها بعد الثلث تبرع إلا ان يبعد فتكون هذه الفتوى جارية على قول اصبغ هناك اي بتحديد القرب بستة اشهر. وعلى ما لابن سهل وغيره سنة، وقد مر بيان الراجح هناك، اي وهو سنة، فراجعه متأملا، والله أعلم. (هـ). وقال التسولي ايضا : قال بعض : ظاهر عباراتهم الرجوع للقرينة وشاهد الحال كمن اعطت زوجها عطية أو وضعت عنه الصداق فطلقها، ثم قال : إنَّهُ وقف على جواب ابن ابراهيم أن حد القرب في ذلك ما دون ستة أشهر. (هـ).

ومن جواب لأبي الحسن الصغير نقله في الدر النثير أن الشفيع إذا أخذ بالشفعة وانتقل الشقص الى غيره فاتهم أن الاخذ كان له، فإن علم ذلك ببينة رد الشقص للمبتاع ثم قال : ثم ياخذ الشفيع لنفسه اخذا مستأنفا ان شاء، وقال ابن زرب رحمه الله : ليس له اخذه لان اخذه على الصفة الاولى إسقاط لشفعته، ثم قال : ولو اتهم الشفيع قبل حصوله في ملك الغير أنه انما اخذ لغيره، فإن كان ممن يتهم بمثل ذلك وجبت عليه اليمين كما لو أظهر الصدقة واتُّهِم بالشراء، وكان ممن يتهم بذلك لزمه اليمين كما في المدونة. (هـ).

ونزلت نازلة في هذه الايام، وهي رجل شفع حظا في جنان بالنيابة وزوجته فاتهمه شفيع آخر اراد الاختصاص بالشفوع وحده، بأنه انما شفعه لنفسه لا لزوجته لكونها فقيرةً لا مال لها تشفع به، وزوْجُهَا المذكور غني وطلب تحْليفهَا على أن الشفعة لها لا له، فأبَتْ من اليمين، فوقع الحكم فيها بأن لا يمين عليها. هـ. وهو صواب، لأن الشفعة حق لها. فلها ان تتسلف دراهم وتشفع بها ولو كانت فقيرة، ولا معنى لما طلبه الخصم من تحليفها والا لزم أن لا تصل الى حقها الواجب لها شرعا الا بعد يمينيهَا، وهذا شيء لم يقله احد فيما رأينا. نعم ان ظهر بعد ذلك في المستقبل ان الوكيل انما شفع لنفسه أو ان الشفيع انما شفع لغيره، فللمشتري الكلامُ في ذلك. قال ابن هلال في نوازله : ومسألة الوكيل على الشفعة لا يمين عليه اذا اتهم انه يريدها لنفسه. نعم. اذا ظهر عليه يوما ما انه أراده لنفسه وتحيل بالتوكيل مع الشفيع على ذلك، فيرد ذلك للمشتري، وأما الشفيع اذا رُدّ بالشفعة ثم باع بعد ذلك، فإنه لا ينازع في ماله، ان شاء باع وإن شاء امسك، الا اذا اظهر انه رد للغير فلا يترك بيده ان شاء المشتري. (هـ). وقال التسولي أيضا : وأما إن قال الاجنبي خذ بالشفعة لنفسك، وانا ادفع لك ثمنها سلفاً أو هبة فهذا جائز، ولو قصد الاجنبي الإضرار بالمشتري، فلا يمكن من ذلك كما في البرزلي عن ابن البراء قائلا : وحق الشفيع متى قام به ومعه الثمن بشراء أو سلف أو هبة أو غير ذلك فله الاخذ بها. وقال قبل ذلك : إلا انِ يتبيَّنَ من المسلف الضرر، فلا يمكّن من ذلك. (ــ). يعني لا يمكّنُ من الضرر اذا ثبت ذلك بإقراره، وأما شفعة الشفيع فلا تسقط بقصد المسلف الاضرار بالمشتري، بل لا زال على شفعته، والله اعلم. (هـ).

وسأل الفقيه القاضي سيدي محمد بن عرضون العلامة النحرير سيدي احمد بن محمد المقري عن نازلة، وهي أن المَليَّ يعطي المال للشفيع الفقير، فيشفع به المبيع من يد المشتري، ثم يرهنه للملي المسلف لهُ في المال المذكور، وبعد تناسي المدة، يمضي للمرتهن البيع في جميع المشفوع. ثم ان المشفوع من يده قام على المشتري الآن قائلا له : إن الشفيع عديم ولا مال له، لولا انك اعنته انت

بالمال، ونرى انك فعلت على خديعة توسلت بالسلف والرّهْنِيّة التي فعلت للشفعة من يدي وأنت اجنبي لا شفعة لك.

فأجاب بقوله : إن كان أمدُ الرهن قريبا الشهرَ والشهرين ونحْوَ ذلك فقصْدُ الخديعة ظاهر، فتبطل الشفعة وما ترتب عليها، صرّح بذلك ابن رشد من انه لا يَشفع ليبيع، وإن كان امد الرهن مثل السنة لم تبطل الشفعة، ويستظهر عليه باليمين، اعني المشتري فاعل يستظهر ومفعول اعني أن ذلك منه حقيقة، هذا ملخص جواب ابن عطية الونشريسي في مثل فرض السؤال، على ان الإمام ابنَ مرزوق بحث في قول ابن رشد ليس له ان يشفع ليبيع، والله اعلم.

وسئل الامام ابو عبد الله سيدي محمد القوري عن الشفعة، هل تسقط بقسمة الاغتلال اذا قاسم شريكه قسمة اغتلال ثم باع احدهما نصيبه الذي صار اليه بتلك القسمة أو اذا قاسم المشتري الشفيع، ثم قام بعد ذلك يطلب الأخذ بالشفعة، كيف صورة هذه المسألة ؟.

فأجاب : أما هل تسقط الشفعة بقسم الغلة، نص على الخلاف فيها غير واحد، ومن جملتهم القاضي ابن دبوس في احكامه، ونقلها صاحب التقييد عنه وصُورتُها عندهما اذا كانت جنة مشتركة بين رجلين، ثم إن احدهما باع نصيبه منها فسكت شريكه الذي له الشفعة وكانت في الجنة غلة فقاسمه الغلة، هل تسقط الشفعة بسبب قسْم الغلة مع المشتري ويُعَدُّ دلك دلالة على اسقاط الشفعة، والمنسوب لابن القاسم عدم اسقاط الشفعة لذلك، والمنسوب لأشهب سقوطها بذلك.(هـ) منها.

وسئل الشيخ سيدي محمد ميارة عن بيع الثنيا هل فيه شفعة أم لا، وإذا حضر الوصي البيع وكتب شهادته ثم سكت مدة من شهر أو أكثر، هل له ان يقوم بالشفعة لمحاجيره أو لا.؟

فأجاب بما نصه : إن بيع الثنيا فيها لشفعة، صحيحا كان أو فاسدا، لكن الفاسد، فيه الشفعة بعد الفوات بالقيمة، والصحيح فيه الشفعة بالثمن. قاله

محمد ابن عياض في نوازله المقيدة من خط ابيه القاضي الشهير ابي الفضل عياض رحمه الله. والوصي المذكور في السؤال، المتبادَرُ أنه لا شفعة له، لقول ابن رشد : إنَّ الشفيع اذا حضر البيع وكتب فيه شهادته ثم سكت شهرين فلا شفعة له وشهَّرَهُ خليل مختصره، وإن استشكله توضيحه مع قوله في المدونة. وإذا علم بالشراء فلم يطلب شفعته سنة فلا يقطع ذلك شفعته وان كان قد كتب شهادته في الشراء، اللهم ان يقال ذلك في الشفيع لنفسه، وهذا يشفع لغيره فلا تنقطع شفعته الا بمضي السنة والله اعلم. وقد وجدت بخط بعض الفقهاء المتأخرين أن العمل جرى عندنا بفاس أن اسقاط الوصي الشفعة ماض. وان كان غير نظر، وهو مبني، والله أعلم، على ان الشفعة بيع لا استحقاق، وقد نصُّوا ايضا على ان الوصي والأبَ اذا غفلا عن الشفعة حتى مضت السنة فإنها تبطل، والشهرانِ هنا كالسنة إن قلنا بعدم الفرق بين ان يشفَعَ لنفسه أو لمحجوره، والله سبحانه اعلم. وكتب عبد الله بن احمد ميارة خار الله له. (هـ).

وأجاب القاضي سيدي محمد بن سودة أن لِلوصي الشفعةَ لمحاجيره إن رآها نظرا لهم وسدادا، ولا يضره سكوته بعد شهادته في العقدة المدة المذكورة، لأن الحق ليس له، وما ليس له لا يقسط ولو أسقطه ان كان إسقاطه غير نظر للمحاجير، وهذا منصوص في المختصَر وغيرِه، والله اعلم، وكتب عبد الله محمد ابن سودة وفقه الله.

قلت : ولا يخفى أن هذا الجواب مخالف لقول التحفة :

والأبَ والوصي مهما غفلا ... عن حدها فحكمها قد بطلا

ومر قريبا ما فيه أيضا.

وأجاب العلامة سيدي احمد الأبَّار : خلاصة الفقه في النازلة أن الوصي يتنزل منزلة محجوره، والمحجور إذا لم يسقط عنه وصيه الشفعة فهو على شفعته إذا رشد إلا إذا مضى لسكوت الأب أو الوصي عشر سنين فتسقط. قال في المدونة : ولو كان له أب فلم يأخذ له شفعة ولم يترك حتى بلغ الصبي، وقد مضى لذلك عشر سنين فلا

شفعة للصبي، لأن والده بمنزلته. (هـ). قال أبو الحسن : قال محمد : وقد قيل غير هذا، وهذا أحسن، وحكى ابن أبي زمنَيْن في سكوت الوصي قولين، وحضور الشفيع العقد، وكتب شهادته إنما ذكروه مسقطا فيمن يشفع لنفسه، والله اعلم. وكتب عبيد الله أحمد بن محمد الأبّار خار الله له (هـ).

وسئلت عمن اكترى ارضا لمدة من عشرين عاما على عادة الجزاء وبنى بها داراً، ثم لما بقي لانقضاء المدة المذكورة ثلاثة أعوام باع صاحب الأرض أرضه فطلب الباني المذكور شفعة الأرض المذكورة، فهل له ذلك ام لا؟

فأجبت : الحمد لله، قال الشيخ ميارة اخر جواب له منقول في أجوبة سيدي عبد القادر الفاسي ما نصه : الذي تلقيناه من شيوخنا المحققين أن الجزاء المقام على الارض المحبسة على غير معين كالفقراء والمساكين أو على المساجد أو التي لجانب المخزن، وهي التي لبيت مال المسلمين، فإن الدخول في عقد جزائها على التأبيد وعدم أمر الباني والغارس أو من دخل من ناحيته بقلع بنائه وشجره، بخلاف الجزاء المقام على الأرض المملوكة أو المحبسة على معينين فإن الدخول فيها على عدم التأبيد، والتجديد بالمدة المدخول عليها، فإذا انقضت فلرب الأرض أن يبقي الزينة لأجل آخر يتفقان عليه أو يامره بقلع بنائه وشجره، ولهذا تجد الناس يتنافسون في جزاء المساكن والمساجد ولو بأعلى ثمن، ويزهدون في كراء الأرض المملوكة والمحبسة على معنيين. (هـ). واستدل على ما قاله بكلام التازغدري في نوازل معاوضات المعيار، انظره. ونقله بعض المتأخرين في جواب له وقال : هو تفصيل حسن. ونحوه ايضا في نوازل العلمي نقلا عن القاضي ابن سودة ونصه :

إن الاحباس جرى العمل بكراء ارضها الامد الطويل كالعشرين سنة ونحوها للبناء والغرس، وهو الجاري في عرف الناس باسم الجزاء إلى أن قال : وقد أشار الاستاذ أبو اسحاق الشاطبي في جواب له عن بيع أنقاض الحبس على التبقية الى ما ذكرته من تسوية ارض الحبس بأرض السلطان في جواز بيع نقض كل منهما، وأنهما بخلاف الارض غير المحبسة، والفارق بينهما أن غير المحبسة والسلطانية ينتزعها

صاحبها لنفسه، وهما لا ينتزعان. (هـ) الغرض منه، ولكن مقتضى كلام سيدي عبد القادر الفاسي في جواب له ان الجزاء كراء على التبقية مطلقا اي من غير تفصيل، ولو على ارض مملوكة أو محبسة على معين، ونصه : وقع التمالؤ والاصطلاح في هذه الأعصار بل وقبلها من بعض اصحاب الاصول، ولا سيما أهل الأحباس أنهم لا يخرجون من وقعت له عقدة في ذلك. وهو مقتضى قول ولده سيدي عبد الرحمن في عملياته أيضا :

وهكـــذا الجلسة والجزاء جرى على التبقية الكراء

فإذا تقرر هذا ظهر لك أن طمع الباني في شفعة الأرض المذكورة من الأمور الاشعبية، لأنه غير شريك فيها، وكل من لا شركة له في الأرض لا شفعة له فيها إذا بيعت، ولو كان مالكاً لمنفعتها، وإلا لزم ان من اكترى ارضا وبيعت رقبتها انه يشفعها ولا قائل به، قال في المختصر : الشفعة أخذ شريك.الخ... وقال ابن عرفة : هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه. وفي نوازل الفاسي نقلا عن ابن رشد ما نصه : لأن مذهب مالك رحمه الله وجميع أصحابه ان لا شفعة في الاصول الا فيما بين الشركاء على ما ثبت من قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما بين الشركاء ما لم تقع الحدود، والشريك بإجماع اهل العلم إنما هو الذي يشارك الرجل في رقبة المال بجزء معلوم على الإشاعة. (هـ).

فإن **قلت** : حيث كانت الشفعة إنما تجب بالشركة، فلم وجبت لصاحب الأرض في الأنقاض إذا بيعت، مع أنه لا شركة له فيها حسبما في المدونة، وهي قول المختصر : وقدم المعير بنقضه.،؟

قلت : قال الزرقاني : أخذ صاحب الأرض الأنقاض، إنما هو للضرر لا بالشفعة. (هـ).

وسئل سيدي علي بن هارون عمن اكترى أرضا ليبني بها أو يغرس ثم باعها ربها، فهل لهذا المكتري الشفعة أم لا؟

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكر فلا شفعة له، والبيع فاسد إذا كانت المدة طويلة، وإن بقي منها ما يجوز استثناؤه فهو جائز، وأما العكس إذا باع الباني أو الغارس، فلرب الأرض الأخذ بالأولوية لا انها شفعة، وما وافق عبارة بعض أهل المذهب انها شفعة فهو مجاز، والله أعلم (هـ). قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت أيضاً عمن اشترى جزءاً في دار فقامت عليه امرأة تطلب الشفعة من يده فأنكر وكيله شركتها في المبيع فأقامت بينة بشركتها فيه، فاستظهر هو ببينتي اللفيف والعدول أنها عالمة بشرائه، وسكتت ما يزيد على أربعة أعوام، فوقعت الفتوى بثبوت الشفعة لكون المشتري كذب بينتيه حيث أنكر وكيله شركتها.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بالبينتين ان المرأة عالمة بالشراء، وسكتت ما يزيد على اربعة اعوام فلا شفعة لها قطعا، قال في التحفة :

والترك للقيام فوق عام يسقط حقه مع المقام

وقال الفشتالي : والذي عليه العمل ان الشفعة تنقطع بمضي عام. وهي مشهورة فلا حاجة الى التطويل بل بكثرة تقولها. وأما انكار وكيل المشتري شركة المرأة فلا يضره، لأنه ان كان عالما وأنكرها فهو معزول عن ذلك، وإن كان جاهلا فإنه يعذر كما ذكره الشيخ التاودي في أجوبته عن نحو المسألة ونصه :

ولا بد من النظر في حال البينة، وحال القائم بها فإذا لم يكن من يشوش من اجلها فينبغي القبول في مسألة الوكيل، لأنه ان كان جاهلا فواضح، وإن كان عارفا، فما كان له ان يقطع حق موكله بإنكار باطل، فهو عنه معزول، والله اعلم. (هـ). فهو موافق لما قلناه. وقال في شرح الزقاقية ايضا : وأما الجاهل بما يترتب على إنكاره فلا يضره، قاله الرعيني وقيد به الحطاب وغيره كلام خليل، وبه القضاء والفتوى. (هـ). ومثله في أجوبته، وفي حاشية الشدادي على ميارة وفي حاشية الرهوني على الزرقاني. فقول التسولي لم أقف على العمل المذكور لغيره اي

لغير الشيخ التاودي قصور والله اعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي بن محمد الحسني العمراني لطف الله به. (هـ).

وسئل أبو عبد الله سيدي محمد بن علامة زمانه سيدي محمد بن الحسن الجنوي عما يظهر من جوابه.

فأجاب : الحمد لله، ترك الوصي شفعة محجوره، لها وجهان.

الوجه الأول، أن يسقطها صراحة، فهذه ذكر حكمها في المدونة، وأن الإسقاط لازم للمحجور وأنه لا قيام له بعد ذلك، لأن اسقاطه كإسقاط المحجور بعد رشده، وهذا الحكم المتفق عليه في المذهب، والمدونة أطلقت، فظاهرها ولو كان غير نظر، وبه قال أبو عمران وقيدها غيره، بما اذا كان نظرا وهو المشهور الذي اعتمده ابن الحاجب في باب الحجر وصاحب المختصر وابن فتوح والمتيطي عن غير واحد من الموثقين. قال أبو علي : وهو الراجح، وبه قال غير واحد من الفحول.

والوجه الآخر أن يسكت عنها ولا يتعرض لها بأخذ ولا ترك، فهذه لم يذكرها في المدونة، وذكر فيها ابن أبي زمنين قولين : أحدهما أن السكوت كالإسقاط، والثاني أن المحجور على شفعته، ولا عبرة بسكوت الوصي. وأشار ابن ابي زمنين الى ترجيح الإسقاط، ورجح غيره عدم السقوط. قال في المفيد : وعلى الأول العمل، وتبعه الفشتالي حيث قال : فإن سلم الأب والوصي في الشفعة فلا إشكال، وإن أخذا فلا إشكال وإن غفلا عن الأخذ بها حتى انقضى العام سقطت الشفعة. رواه ابن القاسم، وعليه العمل عند أصحاب الوثائق. (هـ). وعليه قر ابن الحاجب كما تقدم. وان السكوت حكمه حكم الإسقاط، وكذا صاحب المختصر. قال : وللولي ترك التشفع. قال شراحه : يصدق بالإسقاط والسكوت فهو المشهور. وهذا الوجه الثاني أضعف من الأول، لأن الأول متفق عليه بقيده، والثاني مختلف فيه. حتى قال أبو الحسن : هما قولان متكافئان لا ترجيح لأحدهما على الآخر والإسقاط في الأول صراحة، وفي الثاني مأخوذ من دليل

السكوت. ومعلوم بالضرورة ان ما كان بالصراحة أقوى مما بالسكوت، فما ذكره الفشتالي والمفيد وغيرهما من العمل إنما هو باعتبار الحاق السكوت الذي فيه الخلاف بالإسقاط الذي هو متفق عليه، وان حكمه حكمه، فما جرى في الإسقاط يجري في السكوت، وأما كونه نظرا أو غير نظر، فشيء آخر لم يتعرض له بوجه ولا بحال، لأن عادته الاختصار والاكتفاء برؤوس المسائل، اعتمادا على المطولات، ولا يصح ان يحمل كلامه على الإطلاق الا على الضعيف، بدليل انه ذكر في التسليم ان شفعته تسقط بلا إشكال وظاهره ولو كان غير نظر، مع أنه مخالف للمشهور فلا بد من تقييد كلامه وإلا كان ذاهبا على الضعيف في الوجهين.

ولما نقل أبو علي كلامه. قال فظاهره، ولو كان غير نظر (هـ). مع انه ذكر في ترك الولي شفعة محجوره مع كون الأخذ أولى أن الراجح ان المحجور، له القيام. (هـ)، وأعاد ذلك مرة أخرى في آخر كلامه. فما ذكره من ذلك الظاهر إنما هو مجاراة منه لظاهر المصنف على عادته، إذا نقل نقلا قال : ظاهره كذا، وإن كان خلاف المشهر، وإذا لم يعتبر ظاهر المدونة في الاسقاط فكيف بظاهر الفشتالي حتى يعدل عن المحقق المعلوم الى المشكوك الموهوم. ومن القواعد المجمع عليها ان كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم، مع ان في كلامه ما يصرف عن هذا الظاهر، وهو إطلاقه في الإسقاط ونسبة العمل الى أصحاب الوثائق، وهم المقيدون للمدونة اي غير واحد منهم كالمتيطي وابن عرفة والتوضيح. وقد ذكر شراح المختصر عند قوله : «أو اسقط أب أو وصي بلا نظر» أن حكم السكوت حكم الاسقاط، بل في الحقيقة هو احرى منه باعتبار القيد، فهو ماخوذ من المختصر بالأحرى، لأنه اذا قيد ما يسقط بالصراحة، فأحرى غيره الذي فيه الخلاف، وكذا جعل أبو علي في الحاشية حكمهما واحدا، وقال الشيخ مصطفى عند قوله : «أو أسقط أب أو وصي بلا نظر» ما نصه : حكم السكوت حكم الإسقاط. (هـ). ولا يصح في النظر ولا في القياس التفريق بينهما بحيث يقيد الأول دون الثاني، بل ان كان ولا بد، فالعكس، والأخذ بظاهر الالفاظ دون النظر الى المعنى مذموم،

حتى قالوا : إنه جمود. وفي نوازل الحجر من المعيار عن القاضي ابي سالم سيد ابراهيم اليزناسني في وصي ترك الأخذ بالشفعة لمحجوره. **فأجاب** : إذا ثبت أن ترك الوصي الشفعة لمحجوره من سوء النظر، فالشفعة واجبة له. (هـ)، وما ذكره المجيب في هذه المسألة عن سيدي الحسن بن رحال في حاشيته ليس فيها. وما نقله عن شيخنا العلامة الامام سيدي التاودي في شرحه للتحفة فالأمر فيه قريب، وذلك أنه ما قصد إلا اتباع ابي علي فيما قال، بدليل انه احتج بكلام الفشتالي، والفشتالي لم يقصد ذلك، أو يكون العمل عنده راجعا لكلام المصنف اي لقوله، «فحكمهما قد بطل» أو يكون راجعا لما يليه وهو قوله : أم لا.

ثم بعد هذا وقفت على كلامه في الحاشية عند قوله أو أسقط أب أو وصي بلا نظر. فوجدته قرر ان حكم السكوت حكم الاسقاط وانهما سواء ثم احتج على سكوت الاب بنص المدونة، ثم قال عن ابن سهل، واختلف في سكوت الوصي. (هـ). ثم قال : وفي ابن عاصم :

والاب والوصي مهما غفلا عن حدها فحكمهما قد بطل

قال في المفيد : وعلى هذه الرواية العمل وهي الأشبه، وقال ابو عبد الله الفشتالي الخ... ما نقلناه عنه ولم يزد على ذلك فارتفع الاحتمال وزال الاشكال، وأنّ السكوت كالاسقاط، وأنه مقيد بقيده، والعلم عند الله، وكتب عبد ربه تعالى محمد بن محمد الجنوي الحسني لطف الله به. (هـ).

قلت : ــ أي المؤلف ــ قد خالفه الرهوني فيما قرره في هذا الجواب، وانفصل على أنه لا فرق بين السكوت والإسقاط، وأن العمل على سقوطها مطلقا لنظر ولغير نظر. قال : وما في المختصر خلاف المعتمد. (هـ). ونصه بعد كلام طويل في المسألة : وقال العلامة الحافظ أبو العباس الملوي مؤلف اتحاف القضاة بمسائل الرعاة وغيره ما نصه : ونزلت المسألة بي فوجدت سؤالا لأشياخي بالحضرة الفاسية، فأفتى شيخنا سيدي عبد القادر بوخريص قاضي الجماعة بفاس بعد ان ذكر ما حضره من النصوص في إسقاط الاب والوصي بقوله : فالاسقاط

هو الذي ظهر لنا من هذه النصوص، وصحح جوابه شيخنا التاودي ابن سودة وشيخ الجماعة سيدي محمد جسوس وسيدي محمد الخياط، وكان شيخنا ابن سودة المذكور في درسه للمختصر يفرق بين الغفلة والإسقاط بأنه في الاسقاط تعرض للنظر، فيجب عليه فعل السداد، بخلاف الغفلة والسكوت، فلم يتعرض لنظر، فتدبر أنت ذلك، ثم ذكر ان الزرقاني سوى بينهما، وأن سيدي عمر الفاسي قال : ان السكوت احرى من الإسقاط قائلا : فإن لم تسلم الاحروية فلا اقل من المساواة، ولا يكاد يظهر فرق بين التصريح والسكوت. (اهـ) من خطه.

وحاصل ما حكاه عن الشيخ التاودي ان فتواه التي وافق فيها من ذكره، مخالفة لما كان يقوله في درسه من ان الاسقاط لا يلزمه اذا لم يكن نظرا، عملا بقول المختصر : «وتنقطع شفعته بالسكوت، ويفـ ـ بينهما بما ذكره، وهذا الذي حكاه عنه في درسه هو الذي اعتمده في شرح التحفة، وفيه نظر، لأنه جزم بأن الإسقاط لا يضر، والغفلة والسكوت يضر. ولو عكس ربما يظهر له وجه، وما فرق به في درسه ليس بظاهر، بل ما قاله سيدي عمر الفاسي هو الحق، والأحروية التي ذكرها جلية، وقد صرح غير واحد من المحققين بأن حكم السكوت والاسقاط سواء الى ان قال : وقد علمت أن الراجح والمعمول به خلاف ما في المختصر. وقال ايضا : محل الخلاف في الاسقاط الذي فرضنا أن السكوت مساو له، إنما محله اذا كان الاخذ نظرا، والا فهو لازم بلا خلاف، كما تفيده النصوص.

مسألة : وأما اسقاط مقدم القاضي وسكوته فقال في المدونة : ولو سلم من ذكرنا من اب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك ولا قيام له ان كبر. (هـ). وهو يفيد ان المقدم كذلك لانه نائب عن السلطان. وقال ابن يونس نقلا عن ابن المواز : إذا كان للصبي والمولى عليه اب أو وصي أو من جعله القاضي يليه فيكون تركه ذلك سنة بعد علمه به يقطع شفعته. (هـ). وفي نوازل سيدي عبد القادر الفاسي أن الذي في المدونة ان مقدم القاضي كالوصي في جميع اموره. (هـ). وسلمها أبو الحسن وذكر نصها الحطاب وما استثنى من هذه الكلية، ولم يذكر هذه الصورة من جملة المستثنيات، والله أعلم.

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصه :

الحمد لله، طلب المرابط العبدلاوي الشفعة في الدار المشار اليها من الامور الغير المتوهمة، وذلك ان غاية ما ادلى به انه كانت عليه مقدمة، وماتت وتركته مهملا الى ان سرح الآن. الخ... وهذا يوجب سقوط شفعته لا ثبوتها له، لأن الذي به عمل فاس أن أفعال المهمل ماضية وهو كان أسقطها وقت إهماله وشهد عليه العدلان في الاسقاط انه بأتمه، فكيف تجب له الآن. قال في البهجة : وإن لم يكن له حاجر أصلا فأفعاله جائزة، هذا هو المعمول به في الذكور. (هـ). وقال المحشي بناني في تحصيل ما جرى به العمل بفاس : وان لم يكن له حاجر ففعله جائز، هذا حكم الذكور. (هـ). وأصله لأبي علي في حاشية التحفة، وأيضا، فقد ثبت أنه كان رشيدا وقت البيع وبعده يتصرف في نفسه وماله على العموم والاطلاق بأربعة عدول وأربعة وعشرين من اللفيف كلهم من جيرانه وقرابته مع زيادة شهادة شهيدي الاسقاط انه بأتمه. وهذا يوجب أيضا سقوطها ولو كان مهملا، لأن عمل فاس على اعتبار الحال دون الولاية كما قال الفاسي :

وينتفي الحجر اذا بدا الرشاد فمن تصرف مضى ولا فساد
وثابت السفه حين البيع ينقض واللزوم غير مرعي

وحيث كان العمل على اعتبار الحال وثبت انه لم يزل رشيدا، وانه كان أسقط الشفعة كان طمعه فيها الآن من المحال، وأيضا فعلى تسليم انه لم يكن رشيدا في وقت البيع وبعده الى الآن، فلا تثبت له الشفعة إلا أن كان له مال في ذلك الوقت أو قبل مرور السنة، أما إن اكتسبته بعد مرورها فلا شفعة له، هذا هو الذي به عمل فاس كما للشيخ التاودي في أجوبته، ونصه : فلو طرأ للمحجور مال بعد مضي السنة لم تكن له شفعة على المنصوص والمعمول به عند المتقدمين والمتأخرين، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عمن باع حصته في دار ثم بعد البيع اطلع على أن المشتري كان اشترى حصتين من تلك الدار ايضا من بعض الشركاء فيها فطلب هذا البائع الشفعة في الحصتين المبيعتين قبل بيعه، فهل له ذلك أم لا؟

فأجبت : المسألة فيها قولان مرجحان، فالذي رجحه اللخمي أن الشفعة تسقط. قال الزرقاني : فتسقط شفعته لأنها إنما شرعت لدفع الضرر، وإذا باع حصته فلا ضرر عليه حينئذ، ويصير للمشتري الاول الشفعة على المشتري الثاني، وظاهر كلام المختصر سقوط الشفعة ببيع حصته، ولو باع غير عالم ببيع شريكه وهو ظاهر كلام المدونة. (هـ). والذي رجحه ابن رشد انها لا تسقط. قال الزرقاني : وذكر في البيان من رواية عيسى ابن القاسم انها انما تسقط ان باع عالما. قال : وهو أظهر الأقوال. (هـ). ووجه ابن رشد ما اختاره بأنه ان باع حظه بعد ان علم ببيع شريكه حظه فقد رغب عن المبيع. وأما اذا باع قبل ان يعلم ببيع شريكه فمن حجته ان يقول انما بعت لزهادتي فيه لقلته، ولو علمت ان شريكي باع، لما بعت حظي، ولأخذت بالشفعة. (هـ). قال الرهوني : والصواب ما قاله اللخمي.

قلت : والمعلوم عند الشيوخ تقديم ابن رشد على اللخمي عند التعارض وهو حتى في حاشية الرهوني، فالنظر للقاضي في ترجيح احد القولين، والأحسن ان يشير بالصلح، والله أعلم. المهدي الله وليه. (هـ).

وسئلت عن امرأة اشترت من زوجها حظا تافها في دار بفاس بمائة ريال وثلاثة وثلاثين ريالا وفي الدار شريك غائب، فلما قدم من غيبته أثبت بأرباب البصر أن قيمة ذلك الحظ ثمانون ريالا فقط، فطلب أن يشفعه بتلك القيمة، فأفتاه ابن التهامي الوزاني بذلك قائلا : حيث ثبت بشهادة أرباب البصر أن في الثمن المذكور محاباة كثيرة، تعين الاخذ بالقيمة كما هو مذهب المدونة. قال في اختصار المتيطية : فإن اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن فادعى الشفيع أنه أقل مما اظهره المتبايعان، فلا يلتفت إلى قول البائع وإن كان عدلا، فإن كان في الثمن زيادة كثيرة لا يتغابن بمثلها، فإن كان المبتاع مالكا لا يبالي بما زاد على القيمة أو كانت الزيادة من أجل الجوار والحاجة الى الشقص، فهل لا يمين على المبتاع في ذلك؟ هذا ظاهر المدونة، لأنه سكت عن يمينه وهو الأشهر في المذهب. وقال أصبغ وعيسى بن دينار : يحلف المبتاع ويصدق. قال عيسى : إلا أن تقوم له بينة

بالثمن فلا يحلف، وإن لم تكن الزيادة من مالك ولا من اجل رغبة الجوار فروى أشهب عن مالك : يصدق مع يمينه، وروى عنه ابن القاسم : لا يصدق وإن حلف، وهو مذهب المدونة. قال أصبغ وسحنون : ويرد الى القيمة: (هـ). ومن المعلوم ان مذهب المدونة مقدم على غيره وهو صريح في نازلتنا.

فأجبت : الحمد لله، الشفيع إذا لم يعرف الثمن واتهم المشتري بالزيادة فيه كما هو نازلة السؤال، فإن القول للمشتري ولو لم يشبه، وغاية ما عليه اليمين كما ذكره غير واحد، ففي مجالس المكناسي ما نصه : فإن استكثر الشفيع الثمن الذي أظهره المشتري، وقال للمشتري : احلف انك اشتريت به، فهل تجب على المشتري يمين أم لا؟

قلت : قال الجزيري : ينظر في ذلك، فإن كان مما لا يتغابن عند اهل البصر بمثله لكثرته وجبت اليمين على المشتري، إلا أن يكون سلطانا أو شريكا أو مجاورا للمملوك فلا تكون عليه اليمين، وإن كان مما يقع بمثله التغابن بالزيادة اليسيرة على قيمة الشقص فلا يمين على المشتري. (هـ). وإن عرف الثمن، فقال الشيخ أبو علي في حاشية التحفة : قال العبدوسي على المدونة : تحصيل هذا على طريقة ابن رشد وهي التحقيق، وعلى ذلك تحصيل اللخمي، وهذان الشيخان هما اللذان أتقنا هذه المسألة، وطريقة ابن يونس فيما يخالف ابن رشد واللخمي، فيها شيء ما نصه : فإن ادعى الشفيع معرفة الثمن وادعى المبتاع ما يشبه، فالقول قوله مع يمينه، وإن ادعى ما لايشبه، فالقول للشفيع مع يمينه وياخذ بما سمي، وان ادعيا معا ما لا يشبه تحالفا ورجعا الى الوسط من القيمة، وإن لم يدع الشفيع معرفة الثمن، فإن ادعى المبتاع ما يشبه فقوله بلا يمين وما لا يشبه فمع اليمين، الا ان يكون مثل هؤلاء الملوك. الخ... فيصدق بلا يمين، وفيه كفاية. (هـ).

وقال في الدر النثير : لان معنى ما هنا أن الشفيع لم يحقق الدعوى ولا ادعى معرفة الثمن، وإنما أراد ان يحلفه بالتهمة، فلم يجبها عليه الا حيث تظهر، وهو أن ياتي بما لا يشبه، وذلك بين من سياق المسألة، ومعنى ما في المدونة حقق كل واحد منهما دعواه، فالقول قول المشتري اذا اتى ما يشبه، وإلا فالقول قول

الشفيع إن أتى بما يشبه، وإلا حلفا على دعواهما، وكانت الشفعة بالقيمة، ومن نكل فالقول قول الحالف وإن أتى بما لا يشبه. ومثله في جواب لأبي الحسن، وأيده في الدر النثير، انظره، ونظمه السجلماسي فقال :

إذا الشفيع اتهم المبتاع أن يكون في الإعلان زاد في الثمن
فبوجوب حلفه قد افتيا ولو رأى الدفع العدول الاتقيا

ونصوص العلماء في هذا كثيرة، وتتبعها يطول، وهي كلها دالة على أن الشفعة هنا بالثمن لا بالقيمة كما في تلك الفتوى بل فيها أمور منكرة.

أحدها قول مفتيها بعد نقل كلام اختصار المتيطية ما نصه : وهو صريح في نازلتنا. كيف يكون كلام المتيطي صريحا في النازلة وفيه أن الشفيع حقق الدعوى، وادعى أن الثمن اقل، ونازلة السؤال لم يحقق الشفيع فيها دعوى ولا صرح في المقال بأن الثمن باطنا أقل، غايته انه اتهم المشتري بالزيادة في الثمن الذي اظهره في الرسم، وأراد ان ياخذ بالقيمة، وهذا لا سبيل اليه بحال، فبين النازلة وكلام المتيطي مسافة بعيدة جدا.

ثانيها : أن محل كلام المتيطي اذا لم تشهد بينة بالثمن أصلا وإنما كان مجرد الدعوى، وهذه النازلة فيها البنية، بدليل ان ابن هارون زاد بعدما نقل عنه ما نصه: فإن شهدت بينة البيع على معاينة النقد، وكان سلفا لم يكن للشفيع إلا أن ياخذ بذلك أو يترك. قال أصبغ وسحنون. وكذلك ان شهدت على إقرار المتبايعين، وقال ابن حبيب في الواضحة : لا تأثير للبينة على أقدار المتبايعين بمبلغ الثمن.

ثالثها : على تقدير أن كلام ابن هارون في مجرد التهمة فهو حجة عليه، لأنه قيد بغير المالك والزيادة للجوار والحاجة، والزيادة للحاجة هي التي تكون من الشريك، بدليل قول المكناسي المتقدم : إلا ان يكون سلطانا أو شريكا أو مجاورا للملوك. فأبدل الحاجة بالشريك، تأمله، وفيها غير هذا، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

تنبيه : في نوازل الشفعة من المعيار من جواب للامام القوري ما نصه : الذي جرت به الفتوى وجوب اليمين ولو حصل الدفع بمعاينة عدلين، هذا اذا اتهما أن يزيدا في الثمن، فلا تنقلب تلك اليمين، لكثرة تحيل الناس ولفساد الزمان واستحقاقهم التهم، صرح بذلك الشيخ اللخمي في مواضع من تبصرته وهو في المائة الخامسة، فكيف لو ادرك زماننا هذا. نعم يستثنى من ذلك المبرز في العدالة المنقطع في الصلاح والخير، وأين هو اليوم؟ إنما هو في وقتنا كالغراب الأعصم بين الغربان. (هـ). ونقل الرهوني جواب القوري هذا بعد نقله جواب ابن مرزوق بنحوه، ثم قال : وإذا قال ذلك الإمامان المذكوران في وقتهما وهما في المائة التاسعة، إذ الاول ولد ليلة الاثنين رابع عشر ربيع الاول عام ستة وستين وسبعمائة، وتوفي عصر يوم الخميس رابع عشر شعبان عام اثنين وأربعين وثمانمائة، وصلي عليه بعد الجمعة، والثاني ولد بمكناسة أول القرن، وتوفي سنة اثنين وسبعين وثمانمائة بفاس، فكيف لو ادركا وقتنا هذا وهو حدود العشرين بعد المائتين وألف، الذي لم يبق فيه من الدين إلا اسمه ولا من الاسلام إلا رسمه، فالعمل بما قالاه اليوم متحتم. وقد نص الثاني منهما على ان الفتوى به في زمانه، لكن هاهنا دسيسة نشأت عن رقة الديانة، وإيثار الدنيا الخسيسة، وهي أن كثيرا من الناس يعمد الى من يعلم منه، انه يتحرج عن الحلف فيما يتحقق براءة نفسه منه فيدعي عليه ما يوجب عليه يمينا في هذه النازلة ونحوها ليتوصل بذلك الى إبطال حق المدعى عليه بالكلية أو يصطلح معه بشيء لأجل ذلك، وقد بلغنا في هذا الوقت عن غير واحد من الفجار نحو هذا، حتى إن بعضهم ليقنع بالصلح بنحو درهم على ادعائه نحو ثلاثمائة درهم، فلا بد لمن ابتلي بالحكم بين الناس من نظر خاص في كل نازلة نازلة تحدث بين يديه، فينظر فيها الى حال المدعي والمدعى عليه والا انقلبت المصلحة مفسدة، ولا حول ولا قوة الا بالله. (هـ).

وسئلت عن رجل وكلته امرأة وأمها أيضا على أن ياخذ بالشفعة ربع العرصة الواقع فيه البيع في شركتهما ومحاجير الام ايضا وهم أولادها الثلاثة، أو يسقطها ان ظهر له، فلما ذهب بالوكالة وطلب شفعة الربع المبيع استظهر مشتري

ربع العرصة بالتلقية من شهادة ستة من اللفيف أنه أي الوكيل المذكور اسقط الشفعة في الربع المبيع وباع الثلاثة الارباع في العرصة الباقية على ملك الموكلتين والمحاجير، فأنكر الوكيل إسقاط الشفعة وبيع الثلاثة الارباع إنكارا كليا.

فأجبت : الحمد لله، لا يلزم بيع الثلاثة الارباع في العرصة ولا إسقاط الشفعة في الربع المبيع اعتمادا على تلك الشهادة.

أما أولا فإن الوكيل هنا إنما وكل على الأخذ بالشفعة أو اسقاطها في البيع الواقع في العرصة، فبيعه الثلاثة الارباع لا وجه له، إذ لا وكالة له عليها فلا يمضي بيعه لها الا بإمضاء من وكله، فهو من نمط قول التحفة :

وحيث الإقرار أتى بمعزل عن الخِصام فهو غير معمل

وقال في الشامل : ويلزمه ـــ أي الموكل ـــ ما أقر به على الأصح ان كان من معنى الخصومة التي وكل عليها وإلا لم يقبل على الاصح. (هـ). ومثله لابن عرفة. وقال ابن سلمون : قال ابن سهل : رأيت فقهاء طليطلة يذهبون الى ان من وكل وكيلا على المخاصمة عنه والاقرار والانكار فأقر عليه انه وهب داره لرجل ان ذلك لازم له، وأنكر ذلك ابن عتاب، وقال : إنما يلزم إقراره فيما كان من معنى الخصومة التي يوكل عليها، وهذا هو الصحيح. (هـ).

وأما ثانيا فلا تصح شهادتهم لقولهم، اي الشهود الستة كل ذلك بمحضرهم ومباشرتهم للفصل بينهم. ففي الحطاب نقلا عن المنتقى ما نصه : لا تجوز شهادة الحاكم بما سمع من الخصوم، وكذلك شهادة من توسط بين اثنين. (هـ). واقتصر عليه صاحب المسائل الملقوطة، ونصه : شهادة المتوسط الذي يدخل بين اثنين لا تجوز، وإن استوعب كلامهما من الكافي لابن عبد البر والمنتقى للباجي. (هـ). ومثله لسيدي عمر الفاسي في شرح التحفة.

وأما ثالثا فعلى تقدير ان الوكيل مقر بالبيع فلا يلزم أيضا، لأن تاريخ الوكالة وتاريخ البيع يوما فقط، وقد تقرر أن بيع الاصل في هذه الحضرة الادريسية لا بد فيه من السمسرة وطول الايام حتى يحصل الخبر لكل من له رغبة فيه، وعليه

فحيث خالف الوكيل عادة الناس في البيوعات وباع بالقرب جدا فلا يلزم بيعه بالنسبة للمرأتين، لأنه معزول عن غير المصلحة باتفاق. وأما بيعه على المحاجير فيشترط فيه شروط كما في المختصر، منها التسوق وعدم إلفاء زائد، والسداد في الثمن الى غير ذلك. الحاصل أن تلك الشهادة هي والعدم سواء، والله اعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئل الشيخ الرهوني عن امرأة لها دار مشتركة بينها وبين زوجها نصفين، عمدت المرأة الى نصف نصفها وهو الربع من كافة الدار فوهبته على ولدها من غير زوجها المذكور، فأراد زوجها أن ياخذ بالشفعة، مدعيا أن الهبة لا حقيقة لها وانما اخرجته عن ملكها بالبيع، وأظهر الهبة تحيلا على اسقاط شفعته، وخالفه في ذلك من عداه ممن ذكر، فلمن القول في ذلك، هل للزوج أو لغيره؟ وإذا قلتم بأن لا قول للزوج ولا شفعة له فالمطلوب منكم بيان الذي نص على أن العمل بخلاف ما نص عليه في اللامية وغيرها من العمل بالشفعة في الشقص المحوز بالتبرع ليرتفع بذلك، الاشكال، والسلام.

فأجاب : الحمد لله، لا شفعة في التبرع على المشهور، والعمل الذي نص عليه الزقاق قد نسخ كما قاله شارحه، وانظر شرح سيدي محمد بن قاسم لعمليات ابي زيد الفاسي، وقد صرح أبو علي بن رحال بأن القضاء بوجوب اليمين على المتصدق عليه ونحوه، وما زال العمل ــ منذ أدركنا ــ بهذا، على أن مستند عمل الزقاق فتوى ابن المكوي، وهو انما افتى بذلك في نازلة احتفت بها قرائن تكذب دعوى التبرع لا مطلقا، ونحن نقول اليوم بما افتى به إن وجد شرطه كما صرح بذلك شيخنا الامام ابن سودة، والله أعلم. قاله وكتبه عبيد ربه تعالى محمد بن احمد الحاج وفقه الله. (هـ).

وسئلت عمن وهبت له أمه حظها في دار وهي مشتركة مع أعمامه الثلاثة، فأقاموا بينة ان الموهوب له وهو ولد أخيهم يضربهم في العقار بأنواع الضرر كلها ويتحيل لهم بأنواع الحيل ما يزيد على ثلاثة اعوام أو أربعة، وادعوا أن الهبة

المذكورة انما هي حيلة لا حقيقة لها، وأن المقصود هو البيع وطلبوا استشفاع الهبة المذكورة فهل لهم ذلك أم لا؟

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بالبينة العدلية أن الولد يضر بأعمامه، فالشفعة ثابتة لهم في الهبة المذكورة بقيمتها، لأن الهبة وإن كانت لا شفعة فيها على المشهور، لكن محله ما لم تقم قرينة على البيع وإلا وجبت. قال الشيخ ميارة في شرح التحفة بعد أن نقل كلام ابن المكوي بوجوب الشفعة في التبرع ما نصه : وما أجاب به ابن المكوي من وجوب الشفعة هو الظاهر أو المتعين، لا سيما حيث تحف بذلك قرائن العوض ويبعد فيه التبرع وهو غالب صورة هذه المسألة. (هـ). قال الشيخ ابو علي في حواشيه : هذا هو التحقيق، وهو مراعاة قرائن النازلة هل الواهب من اهل الهبة والموهوب له كذلك، وهل بينهما ما يوجب الهبة الى غير ذلك مما يكثر؟ (هـ).

وحاصل المسألة أن الشفيع اذا سلم أن التبرع حقيقي فلا شفعة له على المشهور، وإن قال : أخاف أن يكون قد باع له في السر وأشهد بالتبرع ليقطع شفعته فيحلف المتهم دون غيره أنه تبرع حقيقي على ما في المدونة. وحكى المتيطي أن به العمل أو يحلف مطلقا، وهو المعمول به على ما في الطرر ولا شفعة حينئذ. وإن قامت قرينة على أن التبرع لا حقيقة له وإنما هو صوري، والمقصود هو البيع فالشفعة حينئذ ثابتة، وهو الذي نظمه في الزقاقية والعمل الفاسي، والله أعلم. قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

وسئلت عن امرأة لها حظ في دار أعمرته لامرأة أخرى ولاودها، فادعى الشريك أنها أكرتها ذلك، وإنما العمرى صورة فقط، فعلتا ذلك لقطع شفعته وأقام بينة باللفيف انها اكرتها حظها المذكور سرا.

فأجبت : الحمد لله، حيث ثبت بالبينة أن الاسكان كان في الحظ المذكور على وجه الكراء فلا عبرة بتلك العمرى، والشفعة فيها ثابتة لانها حيلة لإسقاط الشفعة فقط، وقد نص الائمة على وجوب الشفعة في التبرعات اذا قامت القرائن أنها بيع، والكراء منه لأنه بيع المنافع، فأحرى مع ثبوته بالبينة كما هنا. قال

الامام عياض في ترجمة ابن المكوي من مداركه ما نصه : وقعت مسألة ببلدنا سبتة وهي اذ ذاك من عمل صاحب الأندلس، وهي أن الفقيه يحيى ابن تمام من اهلها اشترى حصة من حمام فيه شريك وأشهد البائع لأبي تمام في الظاهر انه تصدق به عليه ليقطع شفعة الشريك، فقام الشريك بشفعته، فأفتى فقهاء سبتة بعدم الشفعة، إذ لا شفعة في الصدقة. فقال الشفيع للقاضي : لا أرضى إلا بفتوى اهل الحضرة اي غرناطة،فرفع اليهم السؤال وبدأ بأبي عمر بن المكوي.

فأجاب : هذه حيلة من حيل الفجار، وأرى الشفعة واجبة، فلما رأى ابن تمام جوابه قال : هذا عُقاب لا يطار تحت جناحيه، والحق خير ما قيل، هات المال وخذ حمامك.(هـ). قال الشيخ ميارة : وما أجاب به ابن المكوي هو الظاهر أو المتعين. وقال ابن ناجي : محل الخلاف عندي أي في الهبة ما لم يتكرر من الناس التحيل على إسقاطها، وإلا فيُحكَم بها، وبه قال ابو عمر الإشبيلي. وقال سيدي عمر الفاسي ما قاله أبو عمر الاشبيلي، اي ابن المكوي غير مخالف للمشهور، بل هو جار عليه على ما ذكره ابن ناجي، والله اعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به. (هـ).

قلت : وفي نوازل الفقيه أبي عبد الله سيدي محمد بن الامام عياض التي ذكر في صدرها أنه قيدها من خط ابيه ما نصه :

سؤال عن الشفعة، هلْ تجب فيما بيع بشرط الرجوع متى شاء البائع ؟.

الجواب : إذا كان هذا الشرط في أصل البيع، فهوبيع فاسد ينقض ما لم يفته فتلزمه فيه القيمة فتجب فيه الشفعة بذلك، وإنْ كان هذا الشرط بعد عقد البيع كانت فيه الشفعة بالثمن. قاله محمد بن عياض. (هـ) ونظمه في التكميل فقال :

وشفعة بثمن فيه وان ... يفسد وفات فبقيمة قمن
وليس يلزم بِثُنْيا ذا الشفيع ... في طوع أو شرط وفات ذا المبيع

قال في الشرح : يعني أن الشفعة تجب في بيع الثنيا، صحيحا كان أو فاسدا، فإن كان صحيحا لكونها بعد العقد فالشفعةُ فيه بالثمن الذي وقع به البيع، وإن كان فاسدا لاشتراطها في عقدة البيع وفات، فبالقيمة، وفي كلا الوجهين لا يُلزَم الشفيع بما التزمه المُشتري من الإقالة. (هـ).

وسئل الشيخ التاودي عن جلسة حانوت مشترَكة بين أناس متعددين، وقد أكرى جلّهم نصيبَهم منها للغير لمدة تزيد على العام، وقدَّم لهم عدة دراهم، ثم إن بعض من ناب عمن له فيها جزء تافه ممن لا تتأتى منه السكنى أراد استشفاع الكراء المذكور، فهل لا شفعة له، لماذ كرنا من عدم تأتي السكنى، ولأن الجلسة لا شفعة فيها لا في البيع ولا في الكراء، لِأَنَّ حكمها مخالف لغيرها لا تجري احكامها على بيع الاصل، بيّن لنا ذلك.

فأجاب : الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله.

لا شك أنّ القول بالشفعة في الكراء مقيّدٌ بأن يسكن الشفيع المالكُ، فمن لا تتأتى منه السكنى لا شفعة لَه، ثم الذي وقع الحكم به والفتوى في الجلسة اذا بيع جزء منها، أنه لا شفعة فيه للشريك، هكذا ذكره القاضي أبو عبد الله بردلة وحكاه في الاصل، فلا يخفى أن الكراء أضعف منه لما فيه من الخلاف. (هـ).

ومثله يقال في الزينة والمفتاح الذي حدث قبل هذه الايام وشاع امره الآن وتقوَّى وذاع. وقال في شرح التحفة ايضا : لا شفعة في الجلسة وان كانت كراء، لأنه كراء على التأبيد، فلا يمكن فيها الشرط المذكور. (هـ). وما ذكره من الشرط صحيح، وعِبارة أبِي علي في ذلك : وأن يشفع ليسكن أو ليزرع لا ليكري كما في اللخمي، ولما ذكره ابو الحسن. قال : ولا أظن احدا يخالف في هذا التقييد، والمسألة فيها اضطراب كثير، ولكن يظهر أن العمل على الشفعة بالشرطين. وقال المحشي بناني ما نصه : قلت : وبالشفعة في الكراء جرى العمل عندنا بفاس، لكن بالشرط الثاني فقط، وهو أن يسكن بنفسه، وقد نص على العمل المذكور صاحبُ المجالس، والزقاقُ في لاميته، والشيخ المنجور قائلا : لكن بشرط أن يسكن الشفيع

ما يُسْكَن، حانوتا أو دارا أو حتى أو رحى أو غيرها. قال : وكأنَّ هذا الشرطَ مبني على أنه في البيوع لا يشفع لبيبع، وفيه قولان، والمعروف التمكين، ولعله لضعف الشفعة في الكراء قيدوه بهذا الشرط. على أن اللخمي نص على هذا الشرط في الشفعة في الكراء ونقله عنه في تكميل التقييد. (هـ). قال الشيخ المسناوي : وقد وقع السؤال عن المسألة الجارية بفاس وهي : إذا كانت دار مكتراة مشتركةٌ وباع أحد الشريكين حظَّه منها.

فأجاب بعضُ أصحابنا بعد أن بيَّنَ أن مرجعها إلى الكراء، لكن علَى التبقيةِ للمكتري وعدم إخراجه، وأن الذي جرى به العمل هو ثبوت الشفعة في الكراء بالشرط المذكور بأن القياس ثبوتها فيها كغيرها من صور الكراء، بَيْدَ أن شيخنا القاضي أبا عبد الله العربي بردلة كان يقول بعدم الشفعة فيها، وقال، لي : ما حكم بها قط، واعتلَ لذلك بأن الشرط المذكور لا يكاد يتحقق فيها في الغالب لِأنَّ مُلَّاكها في الغالب لا يغتلونها لانفسهم، وإنما يستغلونها بالكراء للغير، ونقل ذلك عن بعض القضاة من أشياخه، وكأنه يجنح الى العمل في المسألة بعدم الشفعة. (هـ). قال المسناوي عقبه : فانظر على هذا إذا كان الشريك يريد أن يشفع ليسكن بنفسه، هل يمكَّن منها لتحقق الشرط المعتبر فيها حينئذ أم لا، إعطاءً للصورة النادرة حكم غالبها ؟ ظاهر حال من ذكرنا من القضاة هو الثاني، فليحرّر. (هـ). وسلمه الرهوني وبحث في قول المنجور : «والمعروف التمكين»، قائلا بعد كلام : وبهذا كلِه تعلم ما في كلام المنجور، وما في تسليم بناني له، والله الموفق. (هـ). انظره عند قول المختصَر في الشفعة : «ثمَّ لا أخذَ له...الخ».

وسئل الشيخ التاودي عن جلسة حانوت مشترَكَة بين أناس متعدِّدين وقد أكرى جلهم نصيبهم منها للغير لمدة تزيد على العام وقدم لهم عدة دراهم، ثم إن بعض من ناب عمن له فيها جزء تافه ممن لا تتأتى منه السكنى أراد استشفاع الكراء المذكور، فهل لا شفعة له لما ذكرنا من عدم تأتّي السكنى، ولأن الجلسة لا شفعة فيها، لا في البيع ولا في الكراء، لأن حكمها مخالف لغيرها لا تجري أحكامها على حكم الأصل، بيِّنُوا لنا.

فأجاب : الحمد لله، وصَلَّى الله على سيدنا محمد وآله.

لا شك أن القول بِالشفعة في الكراء مقيد بأن يسكن الشفيع المالك، فمن لا تتأتى منه السكنى لا شفعة له. ثم الذي وقع الحكم به والفتوى في الجلسة اذا بيع جزء منها، أنه لا شفعة فيه للشريك، هكذا ذكره القاضي ابو عبد الله بردلة، وحكاه عن شيخه القاضيين أبي عبد الله ابن سودة وأبي عبد الله المجاصي، وإذا لم يكن ذلك في الاصل فلا يخفَى ان الكراء أضعَفُ منه لما فيه من الخلاف. (هـ) محل الحاجة منه.

فقد علمت ان هؤلاء الشيوخ متفقون على العمل بالشفعة في الكراء، بشرط أن ينتفع بنفسه لا للكراء، وعلى العمل بنفيها في الجلسة بيعا وكراء، والله اعلم. وخالفهم التسولي فقال : وما ذكروه عن بردلة ضعيف عقلا ونقلا، وكونُهم لا يستغلونها لأنفسهم لا يوجب سقوطها كما تقدم عن ابن ناجي أن العمل على عدم اشتراط السكنى، ولقول المنجور : المعروف من المذهب تمكين الشفيع من أن يشفع ليبيع، ولما تقدم عن الشدادي وابن رحال من وجوب الشفعة فيها وهم متأخرون عن القاضي بردلة، فلا يخفى عليهم العمل الذي انفرد هو بنقله. وهو كما ترى غير سديد، لأنّ كونهم لا يستغلونها لأنفسهم يوجب سقوطها، لما تقدم أن العمل بفاس على الشفعة في الكراء بشرط أن يسكن بنفسه، فإذا انتفى الشرط فلا شفعة، وتقدّم قول قول ابي الحسن، ولا اظن أحدا يخالف في هذا التقييد. (هـ). وأما ما قاله ابن ناجي فخاص بإفريقية كما قاله هو بنفسه. ومن المعلوم أن عمل فاس لا يتبع افريقية بل الاندلس، ولذا قال القلشاني في شرح الرسالة : اختلف في الشفعة في كراء الرَّبع، فقال ابن القاسم والمغيرة وعبد الملك بسقوط الشفعة، وبِهِ الحكم الآن بإفريقية على ما سمعت. وقال أشهب ومطرف وأصبغ : فيه الشفعة. ورُويَ عن ابن القاسم أيضا، ولمالك القولان، وبهذا القول الثاني الحكم بالمغرب والاندلس فيما سمعت. (هـ). فالاحتجاج على إثبات العمل بفاس بعمل افريقية مِمَّا يمجه الطبع، ويتفق على انكاره العقلُ والسمع. تأمله. وأمّا قول المنجور : «المعروف من المذهب...الخ.» فلا حجة فيه، لأنه هو بنفسه معترف

بأن العمل بخلافه كما تقدم عنه من أنه لضعف الشفعة في الكراء قووه بهذا القيد، على أن الرهوني اعترضه، فقال بعد كلام ما نصه : وبهذا كله تعلم ما في كلام المنجور وما في تسليم بناني له، واللهُ الموفق. (هـ).

وأما ما أفتى به الشدادي وابن رحال من وجوب الشفعة فيها، فإنما اعتمدا فيه على القياس على الكراء، كما تقدم في كلام المسناوي، فلعلهُ ما المرادُ ببعض أصحابه، فلم يطلعا على العمل المذكور، بدليل أنهما لم يتعرضا له في فتواهما بنفي ولا إثبات وغيرهما، إطّلعوا عليه فحكموا به وأفتوا به، ومَن حَفِظ حجةٌ على من لم يَحْفظ. وأما كونهما متأخرين عن القاضي بردلة فلا يخفى عليهم العمل...الخ. فمعارَض أيضا بأن الشيخ التاودي والشيخ بناني والشيخ الرهوني متأخرون عن الشدادي وابن رحال، وأثبتوا العمل المذكور. على أن في قوله أنهما متأخران عن القاضي بردلة نظرا، بل معاصِرَان له. فأبُو عَليّ بن رحال كان قاضيا بفاس الجديد، وبردلة كان قاضيا بفاس البالي وتوفي ــ أي بردلة ــ سنة ثلاث وثلاثين من القرن الثاني عشر، وتوفي اي المسناوي سنة ست وثلاثين بعده بفاس، وتوفي ابو علي بعدهما ثالث رجب سنة اربعين من القرن المذكور بمكناس، وتوفي الشدادي بزاوية زرهون بعدهم سنة ست وأربعين من القرن المذكور. فهؤلاء كلهم كانوا في وقت واحد رحم الله الجميع.

ثم قال التسولي : وقوله : سمعتهم يعللون ذلك بأن الشرط المذكور لا يكاد يتحقق، لا وجه له لأن العمل اذا جرى بوجوب الشفعة في الكراء بالشرط المذكور، فيجب أن يَّطَّرِدِ ذلك العمل بشرطه المذكور في جميع أفراد الكراء بِالشرط الذي منه الجلسة والجزاء، وكونه يعتبر الشرط المذكور في بعض الافراد دون بعض هو من التحكم الذي لا يخفى بطلانه.

وحاصل كلامه في هذا أن المدار على الشرط المذكور من السكنى بنفسه، ولا فرق بين الكراء والجلسة، فحيْثُ سكن بنفسه استحقها وإلا فلَا فيهما. وما ارتكبه العامة المالكون للجلسة من كونهم لا يسكنون بأنفسهم لا يُقَرُّون عليه بل يمكَّنون من الشفعة فيها ويُجْبَرُون على أن يسكنوا بأنفسهم. ولا يخفى ان هذا

الكلام يمجه الطبع ويصطحب على انكاره الشرع والسمع، إذ كيف يعقل أن يُجبَرَ أحد على السكنى بنفسه في ملكه، أليس هذا من التحجير المنافِي للملك ؟ فاللهُ اعلم بمراده بهذا الكلام. ثم قال أيضا : وقد رأينا أن صاحب الأُصل في الحوانيت والفنادق يكريها صفقةً على صاحب الجلسة وبالعكس، وفي الحقيقة أن ذلك شفعة، إذ لا يملك أحدهما التصفيق على الآخر لعدم اتحاد المدخل، ومكنهم القضاة من ذلك. وهذا إن صح، إنما يرد على قولهم في الصفقة في قابِلِ القسْم. وما لم يَقْبل لا تشترط إلا اتحاد المدخل، لا على ما ذكر هنا في الشفعة لأنه ليس منها، تأمله. ثم قال : وحينئذ فليس عملهم في الكراء على ما نقله القاضي بردلة، بل على ما لابن ناجي ومن وافقه. (هـ) وهذا غير صحيح، لأن ما لابن ناجي الشفعة في الكراء بِلا شرط، وعمل فاس بشرط أن يسكن بنفسه كما ذكره غير واحد من المتأخرين، والله اعلم. وأما الزينة المحدَثة الآن في الحوانيت وغيرِها فالظاهر أنها كالجلسة لا فرق بينهما.

وفي نوازل الرهوني : أنَّه سئل عن حب الزيتون الذي آن جداذه وبان سوادُه إذا عجز ربه عن القيام بأمره ولم يقدر على نفضه ونقله وعصره، وحمَلَته الضرورة على دفعه بجزءِ معلوم النسبة من زيته ياخذه الأجيرُ بعد طحنه وتصفيته.

فأجاب : إن هذه المسألة عمت بها البلوى، وعليها عمل أهل فاس في السر والنجوى. وقد اقتصر في المختصر على فسادها فقال : «وبما سقط أو خرج في نفض زيتون أو عصره»، لكن هذا مع عدم الضرورة، وإلا فقد أفتى الامام ابن سراج في مثل هذه النازلة بالجواز. ثم إن كان هنالك شريك فلا شفعة له، لان الثمرة لم تُبَعْ والشفعة فرع عن البيع، والله أعلم. ثم قال : إعطاءُ الزيتون لمن يخدمه بالسهمة على الوجه الموصوف لا خفاء أنه من باب الإجارة كما وقع التصريح بذلك في عبارات أهل المذهب إلى أن قال : ومِن هذا التصريح الواقع في عباراتهم بأنها إجارة تعلم أن لا شفعة فيها بحال، لأن الشفعة فرع البيع ولا بيع هنا قطعا. ولئن سلّمنا أن اعطاءه بجزء منه بيع فلا شفعة فيه، لأن اعطاءه بذلك انما يكون بعد اسوداد رطبه وبلوغ أواني جذاذه، وكل ما بيع من الثمار بعد طيبه فلا شفعة فيه

ولا جائحة كما في المدونة. وهذا القدر كافٍ لمن أنصف، والله الموفق، وكتب العربي الزرهوني. (هـ).

الحمد لله، أحد الشركاء اذا دفع نصيبه من غلة الزيتون لمن يخدمه بالسهمة لا شفعة في ذلك لِأشْراكِهِ، لأنها انما تثبت في البيع، وإن قلنا بالشفعة في الكراء فالمشارك في السهم أولى من غيره. خليل. «وقدم مشاركه في السهم»، والله اعلم. وكتب بدر الدين الحسني، ثم روجِع ـ أي الزرهوني المذكور ـ فيما اذا اعطاه الزيتون بالسهمة على أن ياخذ الجزْءَ منه من حبه لا من زيته.

فأجاب : بأن لا شفعة فيه، لِأن الشفعة فرع عن البيع، ولا بيع هنا قطعا، وإنما هنا إجارة بجزء يتفقان عليه كنصف مثلا. وحيث كانت صورة الواقع هي ان يدفع شخص لآخر زيتونا على أن يتولّى المدفوع له نفض جميعه ولقطه بنفسه أو بأجرة من ماله، وما اجتمع من الحب يكون بينهم على ما تراضوا عليه، فهي إجارة جائزة لازمة. (هـ).

تنبيه : قال الشيخ الرهوني : ظاهر كلام المصنف، (أي خليل) أن الشفعة في الثمرة ولو صيفية، وهو ظاهر كلام الامام وأصحابه، وصرّح في المعيار نقلا عن ابن مرزوق بأنها ثابتة فيما لا يُدَّخر. وفي مجالس المكناسي ما نصه :

قلت : وقد فرقوا في الثمرة بين المدّخر وغيره، والذي جرى به العمل وجوبُها في المدّخر وغيره، وبه أفتى العبدوسي، بشرط أن لا يبيع منها شيئا. (هـ) لكن ذكر أبو زيد الفاسي في عملياته أن العمل بثبوت الشفعة في ثمرة الخريف دون ثمرة المصيف، وهو ناسخ للعمل الذي ذكره المكناسي لتأخره عنه، ولكنه لم يتعرض في شرحه لا هو ولا غيره ممن وقفنا عليه لِلّاشين، ولا شك ان له شبها بثمرة المصيف، لأن كلا لا يدّخر، ولكن تَخالُفهما في أن اللشين يطول زمان وجوده نحو ستة اشهر من وقت حل بيعه الى انتهاء وجوده، وذلك يقوم مقام الادخار في ثمرة الخريف، بخلاف ثمرة المصيف. وقد قال الشيخ ميارة في شرح التحفة بعد أن ذكر العمل المذكور ما نصه : وسمعت مَن عَلَّل ذلك بضرر دخول المشتري في

الثمار الخريفية لطول زمان جذاذها بخلاف الصيفية لقصره، والله اعلم. (هـ). وهذه العلة بعينها موجودة في اللشين، ولذلك افتيت غير مرة بوجوب الشفعة في اللشين بعد المشاورة مع من يوثق به لعلمه ودِينه. والله أعلم. وهذا إذا لم يرد الشريك شفعتها للبيع قطعا، لما مر أن الشفعة فيما هي ثابتة فيه بإجماع، مقيدٌ بذلك مع ما تقدم عن العبدوسي من النص على ذلك في الثمرة بعينها، فكيف بهذا الذي لا نص فيه، وما يتوقع من بيعه بعْدُ شيئا فشيئا لا يضر، لانه كما يبيع البعض من عرصته يأكل البعض ويتصدق بالبعض ويهبَ البعض ويذهب بعياله وأصدقائه فياكلون ويصنعون ما شاءوا. وقد قال الإمام أبو عبد الله ابن مرزوق أثناء جواب له ما نصه : وكون الْأخذ للبيع ممتنعا مطلقا باطل، لاستلزامِهِ أن الشفيع لا ياخذ إلا للاقتناء لا للبيع، ولو احتاج اليه يوما ما، وهو باطل، إذ لو صح لكان الأخذ بالشفعة حراما، لأنه من البيع والشرط المناقِض لمقتضَى البيع الذي هو صحة التصرف المطلَق، وهذا تحجير، لانه بيع على ان لا يبيع، والشفعة بيْع اتفاقا. (هـ) من أوائل نوازل الشفعة من المعيار. (هـ).

وسئل العلامة السجلماسي شارح العمل الفاسي عما يبدو من جوابه.

فأجاب، والله الهادي الى الصواب : بَانَ لمن كمل له الاستحقاق في نصيب من المِلك ان ياخذ ما كان بيع منه بالشفعة ولو طال ما بين زمان البيع وزمان الاستحقاق، ففي بعض أجوبة الشيخ أبي الحسن الصغير عن مسئلة وهي : أخ ورث هو وأخته أملاكا فتزوجت الاخت وبقيت الاملاك بيد اخيها نحو أربعين سنة، ثم إن الأخ اشترى شِقْصاً من شريك لهما في موضع وبقي بيده، وعلِمت الاخت باشترائه وبأن لها الشفعة، ثم ماتت الاخت والاخ فقام ورثتها على ورثته يطلبون نصيب الاخت وغلة ذلك النصيب، ويطلبون الشفعة فيما اشتراه الاخ من الشريك، فهل سكوتُها مبطل لذلك أمْ لا؟ فقال الشيخ المذكور مجيبا عن ذلك : الأصل لها ولا إشكال، والغلة لها بثبوت خوفها من القطيعة، إذ ذاك معلوم من احوال الناس. ثم قال : وأما الشفعة فإنها تقول : لم أمَكَّن من الاصل فكيف امكن من الشفعة التي هي تبَعٌ، فالمانع لها من الأُصل هو المانع لها من الشفعة. انتهى الغرض ببعض اختصار.

وممن افتى برد الغلة القاضي أبو الوليد بن رشد، والفقيه أبو الفضل راشد، والشيخ ابو محمد صالح، ومقابلِ هذا القولِ نَقَلَهُ في المعيار من رواية عيسى عَنْ ابنِ القاسم، وذلك من جواب لأبي عمران، قال فيه : جعَل ابن القاسم السكوت مع الزمن الطويل كالإذن المصرّح بالهبة من الأخوات لإخوتهن، وروى ابن حبيب عن جماعة من اصحاب مالك أنهن على حقهن في الغلات، وأن السكوت لا يدل على الإذن. (هـ). هذا حكم الأخ مع اخته. وأما ابن الأخ، فإن عِلم بشركة عمته أو وراثتها معه في تلك الأملاك فيجري فيه ما جرى في حق أبيه من الخلاف المبني على الخلاف في السكوت، هل يدل على الإذن أم لا، وإن لم يعلم وظن أن تلك الأملاك لوالده وحده كان صاحب شبهة لا يرد الغلة، لقوله في المختصر : «والغلة لِذي الشبهة أو المجهول للحكم كوارث وموهوب ومشترٍ لم يعلموا». (هـ). وبالله التوفيق. وكتب عُبَيْدُ ربه تعالى محمد ابن أبي القاسم الفلالي كان الله له آمين. (هـ).

مسئلة : قال ابن سلمون في النكاح: وكذا لا شفعة في النِّحلة على مذهب مالك رحمه الله، وهي ما يعطيه والد الزوج لولده في عقد النكاح، أو والدُ الزوجة ابنتَه كذلك وإن كان النكاح انعقد عليها، واختلف في ذلك الشيوخ، وهي بمنزلة الهبة والصدقة، ولا شفعة فيهما. (هـ).

وسئل سيدي محمد ابن عبد السلام بناني عن رجل كان يقوم بأمور زوجته وشؤونها كلها، ويقبض لَهَا غلاتها، ويتسخر في كل ما تحتاج اليه من بيع وشراء واستشفاع فيما بيع وَلها فيه شركة، ثم أشهدتْ له زوجته بأن الارض التي لها وشفع لها فيها حظوظا اخرى هي أيضا بالسوية بينهما، عوضا عن ذلك القيام، هل لمن شاركها في الارض شفعة من يد الزوج أم لا.؟

فأجاب بأن لا شفعة في ذلك، محتجا بأن للشفعة شروطا : منها معرفة الثمن، فلو لم يُعلَمْ فلا شفعةَ. وقد قال ابن القاسم في رجل تصدق على أخته بسهمه في ارض، عوضا عما ذكر أنه أصابه من موروثها مما لا يعرف قدره، إنه لا

شفعة، ونقله الحطاب عند قول المتن : «ومالك بحكم أو دفع ثمن أو إشهاد». (هـ).

وأجاب أيضا : الحمد لله، الشريك في الجلسة له اخذ نصيب شريكه بالشفعة من يد مشتريه، لِأن الشفعة مشروعة في الارض وما اتصل بها من بناء أو غرس. قال في التوضيح في باب الشفعة : وينبغي أن يتفق في الأحكام التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيها أي في الحبس، لِأن العادة عندنا أنَّ رب الارض لا يُخْرِجُ صاحبَ البناء اصلا، فكان ذلك بمنزلة ملك الارض. وقاله شيخنا رحمه الله. (هـ). هذا جواب سيدي علي الشدادي وهو غير صواب، اذ ما نقل عن التوضيح إنما يجري في أرض الجزاء، لأن مستأجِرها هو صاحب البناء بها أو الغرس، وأما الجلسة فإنما هي كراء للسكنى فقط. (هـ).

وفي غُنْية المعاصر والتالي ما نصه : قال في المدونة : إذَا بنى رجلان في عرصة رجل بإذنه ثم باع احدهما حصته من النقض فلرب الارض أخذ ذلك النقض بالأقلِّ من القيمة أو من الثمن الذي باعه بِهِ، فإن أبى فلشريكه الشفعة للضرر، والضرر أصل الشفعة. (هـ) وظاهر المدونة جواز البيع وهو كذلك. وقال أشهب وسحنون : لا يجوز بيعه، لِأن رب العرصة له اخذهُ، فتارة يشتري ثمنا وتارة يشتري نقضا. قال أبو ابراهيم في الجنايات : مِثله فيمن أعتق شركا له في عبدٍ وهو موسر فباع الآخَرُ نصيبه، فهذا ضرر، عياض : لم يختلف في ان رب العرصة مقدم في الأخذ على الشفيع ليس للشفعة لكن للضرر، ثم اختلف بم ياخذ ؟ ففي المدونة بالأقلِّ من الثمن أو القيمة على ما أصلحه سحنون، وظاهره أنه لا ياخذ بذلك من البائع، وقيل: بالثمن فقط، وقيل : ياخذه منه مقلوعا بالقيمة فقط، وقيل : ياخذه من المبتاع، وقيل : من البائع بالاقل مقلوعا أو الثمن ويفسخ البيع بينه وبين المبتاع فيرجع على البائع بما دفع له، وكل هذه الأقوال متأولة على المدونة للشيوخ. ابن رشد : واختلف قول مالك في إيجاب الشفعة في الزرع على أصل قد اختلف فيه قوله اختلافا واحدا، وهو بمشابهة الاصول ومتصلا بها كالثمرة والكراء ورقيق الحائط، اذا بيعوا مع الحائط، والرحى اذا بيعت مع الاصل، والنقض

اذا بيع دون الاصل. (هـ). وفي المقدمات في رقيق الحائط والرحى اذا بِيعا دون الاصل لم تكن فيهما شفعة باتفاق. وقال ابن المواز : تجب الشفعة في بئر الحائط وحديده وآلته ورقيقه ودوابه وان بيع وحده وبقي الحائط ما دام الاصلُ مشاعا. (هـ). وفي الفشتالي : واختلف في الديون هل فيها شفعة أم لا؟ فكتب عليه الونشريسي ما نصه :

معناه:أن الدين اذا بيع هل يكون الذي هو عليه أولى به ؟ وروي عن ابن القاسم أنه أحق به، ولا يُقضَى به وهو ضعيف. (هـ).

قلت : إن أردتَ تحرير هذه المسألة فعليك بمراجعة شرح التحفة لسيدي محمد ميارة، فإنه ذكرها نظما ونثرا، وأشار اليها في المختصر بقوله : ودين، عاطفا له على قوله : لا عَرْض، والله اعلم. (هـ).

وسئلت عن إشراك اربعة في دار باع احدهم نصيبه منها، فقام احد الباقين فقط، وطلب شفعة جميع النصيب المبيع، فامتنع المشتري من تمكينه من نصيب الباقيين لكونهما حاضريْن في البلَدِ، وَإن أراد شفعة جميع النصيب فليذهب الى الشريكين ليسلماها له أو يوكلاه على الأخذ لهما.

فأجبت : الحمد لله، لا يلزم المشتريَ أن يمكن هذا الشفيع إلا من حِصَّتِهِ فقط، لقول المختصر: وهي على الأنصباء فله نصيبه فقط لا الجميع. وأما حصة الشريكين الحاضريْن فلا يمكنه منها إلا بتوكيل منهما له على اخذها، أو بإسقاطهما الشفعةَ، فحينئذ يلزمه أخذ الجميع أو يسلمها، والله اعلم. المهدي لطف الله به.

قلت : ولك النظر في قول الونشريسي في الغُنْية ! أُنظر اذا كان الشفعاء جماعة حضورا فقام احدهم هل يكون للشمتري حجة في أن يقول : أنا لا اعطيك نصيبك، إذ يأبَى البعض فتتبعض على صفقتكم، ولا الجميع إذ قد يقوم عليّ الباقُونَ ويقولون : أعطيت حقوقنا فيرجعون عليّ، أو يقول له القائم : إنما يرجعون علي لا عليك اذ لا حق لهم عندك، فابحث على النصوص فيه. (هـ). قال

الشيخ الرهوني بعد نقله : قد بحثت عن ذلك غاية فلم أقف على نص صريح في ذلك، لكن ظاهر كلامهم أن من طلب أخذ الجميع ممن حضر يمكن منه، إذ لا ضرر في ذلك على المشتري، والله اعلم.(هـ). وكأنه اشار بقوله «ظاهر كلامهم». إلى ما قاله عند قول المختصر : «وترك للشريك حصته». ونصه : انظر قوله «وترك للشريك حصته». هل ذلك جبرا عليه أو هو حق لَهُ، أن يتركه ويلزم غيرَه أخذ الجميع أو تسليمُ الجميع ؟ لَم أرَ أحداً ممن تكلم عليه من شارح ولا محش تعرض لذلك. وفي المنتقَى ما نصه : وأما إن كان المشتري أحدَ الشركاء فأراد أحَدُ شركائه أن ياخذ بالشفعة وسلمها سائرهم وقال الشفيع : إنك شفيعٌ معي، فأنا اترك لك بقدر حصتك من الشفعة، فلم ار فيها نصا إلا ما تحتمل هذه المسألة من التأويل. قال القاضي أبو الوليد رحمه الله : والذي عندي أن للمشتري أن يلزم الشفيع بأخذ الكل أو الترك، وليس للشفيع إلا ذلك، لأن المشتري اكثرُ ما فيه أنه شفِيعٌ تارك، فإن أراد الأخذ بالشفعة أخذ الكل، وإلا بطلت الشفعة، وهو عند المشتري بالشراء لا بالشفعة، واللهُ أعلم وأحكم. (هـ). وهو ظاهر، والله اعلم. (هـ).

مسئلة : قال القاضي المكناسي في مجالسه : وقد فرقوا في الثمرة بين المدّخَر وغيره، والذي جرى عليه العمل وجوبُهَا في المدخر وغيره، وبه افتى العبدوسي بشرطِ أن لا يبيع منها شيئاً، وقال : بهذا مضى العمل. (هـ). فقوله فرقوا في الثمرة بين المدخر اي ففيه الشفعة، وبين غيره مما لا يدخر فلا شفعة فيه. هذا مراده، واللهُ أعلم، والذي جرى به العمل عندنا أن الشفعة في الثمار الخريفية دون الصيفية فلا شفعة فيها من غيْر نظر، لكونه يبيعها أو ياكلها، وسمعتُ من علل ذلك بضرر دخول المشتري في الثمار الخريفية لطول زمن جذاذها، بخلاف الصيفية لقصره، واللهُ اعلم. قاله الشيخ ميارة.

قلت : وإلى كلامه أشار ابو زيد الفاسي بقوله :

وشفعة الخريف لا المصيف   كذا التصدق على الشريف

وهذا ناسخ للعمل المتقدم الذي ذكره المكناسي ونقله عن العبدوسي، لأن هذا متأخر، فتأمله. قال في الشرح نقلا عن ابن عاشر : الذي رأيت أهل فاس يلهجون به في حدود الأْلْفِ، أن الثمار الصيفية لا شفعة فيها بخلاف الخريفية، وكأنَّ وجهَ ذلك أن غالب الخريفية يُدّخَرُ. (هـ).

قال الرهوني : لم يتعرض من وقفنا عليه لِللشين، ولا شك أن لها شبها بثمرة المصيف، لان كُلًا لا يدخر، ولكن تخالفها في ان اللشين يطول زمان ووجوده نحو ستة أشهر من وقتِ حل بيعه إلى انتهاء وجوده، وذلك يقوم مَقام الادخار في ثمرة الخريف، بخلاف ثمرة المصيف. وقد قال الشيخ ميارة بعد أن ذكر العمل المذكور ما نصه : وسمعت من علَّلَ ذلك بضرر دخول المشتري في الثمار الخريفية لطول زمان جذاذها، بخلاف الصيفية لقصره، والله اعلم. (هـ). وهذه العلة بعينها موجودة في اللشين، ولذلك افتيت غير ما مرة بوجوب الشفعة في اللشين بعد المشاورة مع من يوثق به لعلمه ودينه، والله اعلم. وهذا اذا لم يرد الشريك شفعتها للبيع قطعا، لما مر أن الشفعة فيما هي فيه ثابتة بإجماع، مقيدٌ بذلك.

قلت : وفي هذا القيد نظر، لما مر قريبا في كلام ميارة أنه على المعمول به، لا نظراً لكونه يبيعُها أو ياكلها. فتأمله. وقال الرهوني ايضا : أنظر إذا باع الشريك بأشجار متعددة حظه من واحدة أوَّلًا، ثم باع حظه من أخرى، وهكذا، هل لا شفعة لشريكه في ذلك نظرا إلى تعدد الصفقات، او تجبُ له الشفعة، او يُفَصَّلُ في ذلك بين القرب والبعد أو بين المتهم وغيره ؟

قد وقعت، واختلف فيها اهل العصر المتصدرون للفتوى، ولم يات احد منهم بنص في ذلك، وقد كانت وقعت في حياة أشياخنا رضي الله عنهم وجدد عليهم رُحْماه، ورُفِعَتْ لشيخنا الجنوي رضي الله عنه وأرضاه، فلا أدري الآن بمَ كانت صدرت فتواه، ولمْ أزَل أبحثُ البحث الشديدَ على نص في ذلك فلم أجدهُ في الكتب التي بأيدينا وسميناها في غير ما موضع، غير أني وجدت في تبصرة اللخمي ما نصه : وإذا بيع الحائط بغير ماء ثمّ وقف الشفيع فترَك، ثمّ استلْحق الماء كان للشفيع أن يقومَ فياخذ بالشفعة الجميع، لأنه ترك الاصل لَمّا بيع بغير

ماء وعلى صفة يرغب عنه، وَلأنهما يتهمان أن يعملا على ذلك ببيع بغير ماء، ثم اذا ترك الشفيع باعه منه. (هـ). فانظر قوله، لأنهما يتهمان. هل يُستروحُ منه شيء. وَفِي نوازل الشفعة من المعيار من جواب لبعضهم ما نصه : إذا كانت الدار يمكن قسمها نصفين بلا ضرر، وكانت بين شريكين فقط، فباع أحدهما ثُمُن نصيبه أو رُبُعَه وهي لا تتقسم الا بضرر يقصد بذلك إسقاط الشفعة، فالشفعة واجبة، إذْ المعتبَر أصلها فتجب معاملةٌ بنقيض قصده. (هـ). ونحوه في الطرر عن المشاور، والله اعلم. (هـ).

مسائل :

الأولى : في مسائل ابن الحاج، إذا كانت دار بين رجلين على الإشاعة فتوفي أحدهما فتقَاومَها ورثته، وضم احد الورثة حظوظ سائرهم، فلا يكون للشريك شفعة، لأنهم لو باعوها من اجنبي إلا واحدا لكان أحق بالشفعة من الشريك. (هـ). وقال المكناسي في مجالسه ما نصه : ونزلت مسألة من هذا المعنى في رجل هَلَك وترك نصف دار، له شفيع، وصَيّر الورثةُ نصفَ الدار المتروكة للزوجة، فأراد الشريك الاخذَ بالشفعة، فأفتى ابن آفلال بأن له الشفعة، لأن الدار إنما صيرت على ملك الهالك، ووافقه المزجلدي على فتواه، إلا أنه علله بتعليل آخر، وأفتى فيها القوري بأن لا شفعة للأجنبي، وأن المرأة تختص بجميع النصف المتروك، وكأنها اشترت شيئا هي شفيعة لبعضه. قال المكناسي بعد كلام : فمسألة المدونة تشهد لفتيا القَوري المتقدمة، فتأمل ذلك. (هـ)

ونقل هذه المسألة في نوازل الشفعة من المعيار، وزاد فيها ما نصه : ولم يُقض فيها بقضاء، بل اصطلح الاجنبي مع المرأة. (هـ). وقال ابن عرفة على كلام المدونة، الذي هو مضمون قول المختصر «وترك للشفيع حصته» ما نصه : يقوم منها لو اشترت احدى الزوجتين حظ الاخرى فطلب بقية الورثة الشفعة في ذلك وطلبت هي الاختصاص به، لأنها أشفعُ منهم فيه،أو اشتراه غيرها فهي أحق منهم. ونزلت في أيام ابن عبد السلام فحكم فيها بالشفعة لبقية الورثة، فسألني عِنها المحكوم عليه، فقلت له : لا شفعة لهم عليك، فذكر لي انه حكم بها عليه،

فذكرت المسألة والأخذ منها للقاضي ابن عبد السلام، فرجع بإنصافه عن الحكم بالشفعة. (هـ). وأشار لذلك ابن ناجي بقوله : أُخِذَ منها، إن اشترت إحدى الزوجتين حظّ الاخرى أنها تختص به، ولا يدخل الورثة فيه لانها هي فيه أشفع منهم لو اشتراه غيرها، وهذا هو الحق، واليه رجع بعد الحكم بغيره. (هـ). قال الرهوني : وكلام هؤلاء الائمة الأعلام يقتضي أنه لا نص في المسألة لمن قبل ابن عبد السلام، وذلك من أغرب الغريب، لأن المسألة منصوصة لمن قبل ابن عبد السلام ومن ذكر معه بأزمنة متطاولة مذكورة في الكتب المشهورة المتداوَلة، ثم استشهد على ذلك بكلام المفِيدِ وابنِ سلمون المتقدم، أنْظُرْه، والله أعلم.

الثانية : قال الزرقاني : لو لم يَقُمْ الشفيع حتى حلَّ الأجلُ وطلب ضرب أجل كالاول لم يُجَبْ عند مالك وأصبغ وغيرهما، لأن الاول مضروب لهما معا. وقال مطرف وابن الماجشون وابن حبيب : يُضرَبُ له كالأول، وصوَّبه ابن يونس وابن رشد، لأن الشفيع يجب أن ينتفع بالتأخير كالاول. قاله التتائي، والمتعمَدُ الثاني، كما انه المعتمد ايضا فيما اذا اذا اشترى الشقص بدَين في ذمة البائع قبل حلول أجله ولم ياخذه الشفيع حتى حلّ كما تقدم. (هـ). وقول الزرقاني : والمعتمد الثاني...الخ، أيْ لترجيح ابن يونس وابن رشد له كما في التوضيح، لكن الذي جرى به العمل عندنا هو الاول. قاله بناني، وأشار الزرقاني بقوله كما تقدم الى ما قاله قبل، ونصه : وإذا كان دَين الاجنبي يومَ شرائه بقي من حلوله شهرٌ مثلا ولم يقم الشفيع حتى مضى ذلك الشهرُ، فإنه ياخذ الشقص بثَمنه الى شهر، عَلى ما صوبه ابن زرقون، وهو المعتمد لَا حَالًّا، خلافا للواضحة. (هـ). ونحوه قول الخرشي : ولو تأخر الشفيع بالاخذ بالشفعة حتى حلّ الاجل، فهل يؤجَّل مثلَ ذلك الاجل أم لا ؟ فيه خلاف، والمذهب الأول، لأن الأجل، له حصة من الثمن، وقد انتفع المشتري ببقاء الثمن في ذمته، فيجبُ أن ينتفع الشفيع بتأخير الثمن كما انتفع بِهِ المشتري. (هـ). ونحوه في شرح ميارة للتحفة والقلشاني في شرح الرسالة.

الثالثة : قال الشيخ التاودي في شرح التحفة :

ـ فرع، لو أخذ الشقص عن دين في ذمة دافعه فهل ياخذه الشفيع بمثل

الدين وهو مذهب المدونة أو بقيمته ؟ ثالثها، ان كان عينا فبمثله والا فبقيمته. قلت : ينبغي أن يقيد بِمَا إذا لم تفهم قرينة على قصد الضرر بمنع الشفعة كأن يقول المشتري : إذا أخذته منك بمائة أخِذَ منى بالشفعة، فخذ سلعة تساوي المائة بمائتين الى اجل، ثم صير لي الشقص. (هـ). أي فيؤخذ من يده بقيمة السلعة التي هي المائة في المثال المذكور، وقال اليزناسني : قد كثرت الحيل في قطع الشفعة في هذا البلد، بأن يشهد المتبايِعان في الظاهر أن الحصة رهن في عدد شققٍ أسلم فيها المشتري للبائع الثمن الذي كان اشترى به في الباطن، والشقَق لها ثمن كثير، فإذا تم الأجل صير البائع للمشتري الحصة في الشقق فلا يقدر الشريك على الشفعة بما وقع به التصيير لغلو ثمن الشقص وكثرته كثرة عظيمة، وكَثِيرٌ من تسره الدنيا ويرغب في الحصة، يحلف على ذلك، مع أن هذه الحيلة يكاد يقطع بها، فينبغي الحكم والفتوى فيها بما قاله ابن المكوي من وجوب الشفعة في صورة التحيل بالصدقة، فإن هذه أحرَى. (هـ). ومراده بما قاله ابن المكوي أن يحكم فيها بالشفعة بالثمن المدفوع رأس مال، لا بالشقق المسْلَمِ فيها، والله اعلم. (هـ).

الرابعة : قال في الفائق : **سئل** القاضي محمد بن يبقى بن زرب عن مطلّقة نزلت ابنا لها صغيرا عند زوجها ابيه سنةً ولها أم لم تطلبه ايضا في داخل السنة.

فأجاب القاضي : إذا انقَضَتْ السّنة فلا سبيل للمرأة إلى حضانة ابنها، قِيل له : وينبغي لأمها جدة الصبي أخْذُهُ، فقال : لِمَ ؟ فقيل : لأنَّ من حجتها أن تقول : انما تركت أن أطلبه في السنة، إذْ علمت أن ابنتي كان لها ان تاخذه قبل انقضائها فلم يكن لي أن آخذه قبل مرور السنة إلا برضى ابنتي، ففكر القاضي فيها حينا ثم قال : كذلك هو، قيل له. فعلى هذا يكون للجدة اخذُه ما لم تمض السنة الثانية. فقال : نعم. (هـ). قال الشيخ الرهوني بعد نقله : سَلَّمَ صاحب الفائق هذا التعليل، وانظره مع إلغاء الفقهاء هذه العلة في نظيرة هذه المسألة، وهي مسألة سكوت الشفيع الاخَصِّ عن طلب الشفعة المدة المسقطة لها، فقد قالوا : إنه ينقطع حق الشريكَ الاعَمِّ بانقضاء تلك المدة، ولا يستأنف له مدة اخرى، ولم

يلتفتوا الى اعتذاره بأن الكلام كان لغيره داخل المدة، والظاهر ان المسألتين سواءٌ فيجري في كل منهما ما قيل في الأخرى، لأن البابين سواء في المعْنَى، ولذلك اخذ الائمة مسائلَ من الحضانة من مسائلَ من الشفعة. ففي الفائق ما نصه : الغائب على حقه في نزْع الولد من المتزوجة كالغائب في الشفعة هو على حقه ما لم يَقْدَمْ، فإذا قدِم ولم ياخذ بالشفعة فلا شفعة له بعد عام. (هـ).

قلت : وقال ابن رشد في أجوبته : إن كان بعض الأشراك احقّ بالشفعة من بعض، فليس لِلأبعد أن ياخذ بالشفعة حتى يوقف الأقربُ على الأخذ أو الترك، وإذا لم يقم واحد منهم يطلب الشفعة حتى مضى أمد انقطاعها بطلت شفعتهم جميعاً القريب والبعيد، ولا حجة للبعيد في أن القريب كان أحق بالشفعة منه، فلذلك لم يقم يطلبها، لأن سكوته عن أنْ يقوم بشفعته فياخذها، إن كان الاقرب غائبا أو يوقفه عن الاخذ والترك ان كان حاضرا، مسقط لحقه فيها. (هـ). ونحوه في البرزلي عن ابن ابي زيد وصاحب الطّرر. (هـ). والله أعلم بالصواب.

إنتهى الجزء الثالث من نوازل الشريف العلامة المحقق الفهامة سيدي المهدي الوزاني رحمه الله، ويليه الجزء الرابع والأخير، وأوله : نوازل القسمة.

فهرس الجزء الثالث من نوازل الشريف الفقيه العالم النزيه سيدي محمد المهدي الوزاني العمراني الحسني رحمه الله آمين.

نـوازل البيـوع

نوازل العيوب

نوازل الغبن

فروع سبعة تتعلق بالغبن

نوازل التصيير والصفقة

نوازل المضغوط

نوازل القرض

نــوازل الرهـــن

نوازل المديان

نوازل الصلح

نوازل الضمان

نـــوازل الـشـركـة

نــوازل الـوكـالات

نــوازل الإقــرار

نـــوازل المزارعة والمســاقــاة

نوازل الوديعة

نـــوازل العـــارية

نــوازل الـضـرر والاستحـقـاق

مسائل من الاستحقاق

نوازل الغصب والتعدي

نــوازل الشــفعــة

رقم الإيداع القانوني : 180 / 1992

مطبعة فضالة ـ المحمدية